

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR LA
THÉORIE JURISPRUDENTIELLE
DE LA
DOT INCLUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 13 Juin 1911, à 1 heure 1/2,

PAR

JEAN G. BOAMBA

AVOCAT AU BARREAU DE BUCAREST

Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants : { *M. PLANIOL, professeur.*
M. WAHL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR LA
THÉORIE JURISPRUDENTIELLE
DE LA
DOT INCLUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 13 Juin 1911, à 1 heure 1/2,

PAR

JEAN G. BOAMBA

AVOCAT AU BARREAU DE BUCAREST



Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants : { M. PLANIOL, professeur.
 { M. WAHL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

Nous avons été frappés, en lisant certains arrêts, de la part considérable que les tribunaux — c'est-à-dire les interprètes pratiques du code — ont prise dans la fondation du droit moderne. Il nous a paru que l'observation sur le vif et le mécanisme appliqué des principes juridiques édictés par le législateur n'étaient pas le côté le moins intéressant des études juridiques.

Certes, le rôle des tribunaux n'est pas de faire la loi. Dans notre organisation constitutionnelle, les deux pouvoirs du législateur et du juge sont distincts, et, comme conséquence de cette indépendance, l'article 5 du code civil défend « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Mais, d'un autre côté, un article tout proche, l'article 4 du code civil, punit le juge qui se rendrait coupable d'un déni de justice en refusant de juger « sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi ». Dans cette situation il ne faut pas s'étonner

de voir le juge donner des solutions que le législateur n'a pas prévues. Il est impossible de disposer pour l'avenir au moment de la confection d'une loi. Car, dans une société, fatalement tout change ; des cas nombreux et souvent nouveaux se présentent et se renouvellent sans cesse. Grâce à ce renouvellement des espèces soumises aux juges, malgré la défense de l'article 5 du code civil, les tribunaux acquièrent rapidement un pouvoir prétorien, en donnant toujours aux mêmes cas les mêmes solutions.

La cour de cassation, d'un autre côté, chargée d'établir l'unité d'interprétation donne, pour ainsi dire, un fil conducteur aux tribunaux et aux cours d'appel.

Il se forme ainsi, à côté de la loi, mais sans sortir de son esprit et des principes généraux, un droit nouveau, plus vivant et plus souple, résultant de l'adaptation à la pratique des textes de la loi écrite.

Dans la matière du régime dotal surtout, l'œuvre de la jurisprudence est plus particulièrement considérable et hardie. Les textes du code civil relatifs à cette matière sont tout à fait insuffisants. Aussi la jurisprudence a-t-elle, lorsque des cas se sont présentés, fait œuvre de création dans les nombreuses décisions qu'elle a données en matière dotale. Il suffira de rappeler que le code a complètement oublié la dot mobilière pour se rendre compte de la pauvreté des décisions légales. Des auteurs illustres con-

sidèrent le rôle nécessaire de la jurisprudence pour compléter le régime dotal (1).

Cette considération explique le choix de notre sujet : *Essai sur la théorie jurisprudentielle de la dot incluse*.

Notre étude portant sur une création de la jurisprudence, et même une création hardie, nous avons voulu commencer cette dissertation par une introduction relative à l'esprit du régime dotal et au fondement de l'inaliénabilité, tels qu'ils ressortent des textes du code civil et tels qu'ils semblent être considérés par la jurisprudence. L'idée de la théorie sera en quelque sorte défendue par les solutions auxquelles nous aboutirons, de manière à répondre dès le commencement aux critiques qu'on peut adresser au système, dans son principe, dans son idée conductrice. Quant aux critiques spéciales que soulèveront les différents cas particuliers, il en sera question plus loin, dans les pages consacrées à *l'analyse des hypothèses*.

Entrant dans l'examen direct du système de la dot incluse, nous consacrerons un premier chapitre à l'histoire de la question, en analysant la suite des arrêts qui ont consolidé la création de la juris-

(1) Rodière, note sous Cass., 12 avril 1870, S., 70, 2, 185 ; Etienne Bartin, *Etudes sur le régime dotal. Les actions dotales (Travaux et mémoires des facultés de Lille, t. II, mémoire n° 7, préface, p. VI)*.

prudence, avec tous les revirements et toutes les restrictions qu'on y a apportées depuis le premier arrêt où l'on trouve l'idée de représentation de valeurs dotales par des biens paraphernaux jusqu'à son complet épanouissement.

En étudiant les cas où la jurisprudence a eu à se prononcer sur la question, nous ferons une distinction marquante entre les cas qui se présentent après qu'une séparation de biens soit intervenue et ceux qui se présentent avant cet événement. Nous expliquerons pourquoi nous nous sommes arrêtés à cette distinction.

Une fois la théorie admise et les hypothèses déterminées, nous aurons à nous occuper des conséquences : — Une triple division sera nécessaire : successivement, dans trois paragraphes, nous étudierons la jouissance, l'aliénation et la saisissabilité de cette catégorie spéciale de paraphernaux.

Cette théorie jurisprudentielle, entraînant l'indisponibilité d'une valeur renfermée dans une autre valeur parfaitement aliénable et saisissable, n'est pas — on le conçoit sans peine — sans intéresser les tiers. Des moyens de preuve et de publicité sont donc indispensables. Ce sera l'objet d'un quatrième chapitre.

Nous espérons, par ce moyen, aboutir à des conclusions que nous ferons connaître dans les dernières pages de cet ouvrage.

INTRODUCTION

Le régime dotal et l'inaliénabilité.

La législation du mariage présente à tous les points de vue un intérêt particulièrement important pour la bonne organisation d'une société (1).

La détermination des régimes matrimoniaux, leurs principes dirigeants et surtout le choix du régime matrimonial légal sont sans contredit des questions qui touchent de très près à la base du mariage et de la solution desquelles dépend la solidité de l'édifice social.

D'après la lecture des textes du code civil, les régimes qui règlent les rapports pécuniaires des époux sont de deux natures bien différentes : il y a entre eux soit une communauté, soit une séparation complète. Nous ne voulons pas parler, dans cette introduction, des avantages et inconvénients de ces deux systèmes, opposés non seulement par les principes juridiques qui les gouvernent, mais aussi par leurs origines historiques. On remarquera cependant, en passant,

(1) Platon, *De legibus*, 4.

la possibilité de réparer les défauts d'un régime, en stipulant des clauses qui fassent appel aux règles du régime contraire. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales, que le législateur a énoncé dans l'article 1387, permet aux époux d'organiser, suivant leurs intérêts, le système qui doit régir leurs biens pendant le mariage — sauf, bien entendu, les restrictions qu'imposent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 du code civil).

Le régime dotal n'est qu'une variété du régime de la séparation. C'est la séparation de biens avec constitution de dot (1). La dot n'est pas essentielle au régime: il peut y avoir régime dotal sans constitution de dot et alors la situation des époux est tout à fait analogue à celle des époux mariés sous le régime de la séparation. Néanmoins, le nom de « *régime dotal* » que l'usage lui a donné est pleinement justifié par les dispositions spéciales qui règlent la dot constituée sous ce régime.

Si on peut définir par une formule générale la condition juridique des biens donnés en dot, on peut dire qu'ils constituent un patrimoine destiné à une affectation particulière : *le maintien de la famille et la satisfaction des besoins du ménage*. Toutes les règles qui lui sont applicables dérivent de ce principe général et nous allons expliquer par cette même

(1) Le mot dot est pris, ici, dans le sens étroit de constitution de dot sous le régime dotal.

idée les créations jurisprudentielles introduites dans l'interprétation des textes relatifs au régime dotal. C'est cette affectation que nous retrouvons, avec des différences provenant de l'état social, à tous les âges de l'histoire du droit.

En droit romain, à partir d'Auguste, dans l'ancien droit, dans les pays de droit écrit et même dans quelques pays de coutumes, on retrouve le régime dotal avec les caractéristiques suivantes : la stipulation du régime et la constitution d'une dot composée de meubles plus ou moins aliénables et d'immeubles inaliénables, formant une masse de biens distincte du reste du patrimoine de la femme mariée sous ce régime. Les mesures spéciales que le législateur a prises relativement à ces biens tendent à rendre plus sûre leur affectation.

En 1804, le législateur du code civil, ayant à choisir un régime légal, a opté pour le régime de la communauté et non pour le régime dotal. Nous n'avons pas à examiner les raisons qui ont décidé cette option ; cependant il ne faudrait pas déduire de là que le code entend mettre sur un pied d'infériorité le régime dotal vis-à-vis du régime de communauté et assurer moins indirectement la réalisation du but auquel la dot est affectée. On pourrait soutenir, au contraire, que le législateur s'acharne à prendre plus de précautions pour maintenir et sauvegarder cette dot.

Dans les dispositions du code civil, comme dans les législations antérieures, la dot est une masse de biens affectée à un but spécial, mais qui fait partie du patrimoine général de la femme. Elle garde néanmoins des règles qui lui sont propres, non seulement quant à la situation des biens qui la composent, à leur administration, à leur jouissance et à leur conservation, mais aussi quant à leur restitution.

En édictant les règles de la communauté, le législateur a eu en vue les intérêts actuels et individuels du ménage et de la femme, il n'en est pas de même pour le régime dotal : le but spécial que poursuit le législateur et qui doit conduire l'interprétation de ces textes législatifs, c'est l'intérêt collectif et permanent de la famille (1). Le législateur n'a pas reculé devant les conséquences de son idée et n'a pas ménagé les intérêts des tiers. L'inaliénabilité dotale est spécialement organisée en vue de la famille et c'est également en vue de l'intérêt collectif du groupe familial que sont organisés tant les droits de la femme que les droits du mari comme administrateur. Ainsi par exemple cet intérêt familial apparaît clairement dans les détails de l'organisation, aussi bien que dans ses grandes lignes. L'aliénation de la dot, lorsqu'elle reste en harmonie avec cette affectation—comme c'est le cas pour les exceptions légales à l'ina-

(1) Conf. Bartin, *op. cit.*, préface, p. X.

liénabilité dotale — bénéficie d'une interprétation large ; au contraire, les clauses du contrat de mariage pour permettre l'aliénation des valeurs dotales sont interprétées restrictivement parce qu'elles « restent étrangères au but précis en vue duquel la dotalité a été créée » (1).

Sous le régime dotal, le mari a un droit plus étendu d'administration sur la dot, il a le libre exercice des actions immobilières (art. 1549 code civil), tandis que ces droits sur les biens propres de la femme sont amoindris sous le régime de la communauté (articles 1428 et 1431). Cela s'explique aisément : les biens dotaux ne sont pas considérés par le législateur comme appartenant, sans condition, à la femme ; il les considère comme affectés à un but familial ; or, le mari étant le chef de la famille, c'est lui, en cette qualité, qui doit avoir les pouvoirs les plus étendus.

Cette inaliénabilité n'est pas sans danger pour les tiers ; elle ne l'était pas surtout à l'époque de la confection du code, où le contrat n'était pas publié, et où par conséquent les tiers étaient abandonnés à la bonne foi des époux. Mais les intérêts de la famille exigent que la dot soit inaliénable et elle l'est, au delà des intérêts de la femme, et contre la volonté des époux.

(1) *Bartin*, note sous *Cass. civ., rej.*, 1^{er} août 1900, *D.*, 1901, 4, p. 149, col. II.

Il reste donc bien entendu : sous le régime dotal la dot est un patrimoine dont l'affectation spéciale a été tenue en vue par le législateur qui a pris des dispositions particulières à sa sauvegarde : l'inaliénabilité et tout son cortège de conséquences.

Ce n'est plus sur un intérêt d'ordre public qu'il faut aujourd'hui fonder l'inaliénabilité de la dot. Le principe « *Rei publicæ interest dotes mulierem salvas esse propter quas nubere possunt* » (1) existait à Rome et des raisons politiques l'expliquaient. On le retrouve dans l'ancien droit qui copiait les institutions romaines ; on en aperçoit même la dernière trace dans de très anciens arrêts. Aujourd'hui ce n'est plus en vertu d'un intérêt général qu'il faut maintenir la dot. Il n'y a de dot qu'en cas de stipulation expresse (art. 1392). On a donc réduit son importance (2). C'est ce changement qui explique dans la jurisprudence un revirement dans l'intérêt des tiers, par exemple, en matière de responsabilité de la femme de ses délits et quasi-délits. On ne voit aujourd'hui dans la dot qu'un patrimoine protégé dans l'intérêt particulier de la famille.

La jurisprudence a appliqué cette idée même dans le principe de l'inaliénabilité de la dot. C'est ainsi

(1) D., *De jure dotium*, XXIII, III, 2, Paulus.

(2) En droit roumain, il n'est pas nécessaire de stipuler le régime dotal, la constitution des biens dotaux suffit.

qu'elle a étendu l'inaliénabilité à la dot mobilière (1) ; c'est ainsi qu'elle a créé la théorie de la dot incluse. Dans ces créations elle a dû ménager deux intérêts, celui de la famille et celui des tiers (2). Cet intérêt des tiers apparaît comme de plus en plus important à sauvegarder au point de vue social. C'est à ce désir de conciliation qu'il faut attribuer certaines décisions nouvelles, où elle donna des solutions restrictives à des hypothèses dans lesquelles l'application de l'idée de représentation des biens dotaux par les paraphernaux semblerait ne pas faire de doute.

Mais, en somme, elle donne la préférence à l'intérêt familial et tend à rendre plus large l'inaliénabilité dotale.

C'est une remarque préliminaire indispensable à notre étude. Sans elle, l'extension de la dotalité semblerait manquer de support et par conséquent notre théorie de la dot incluse qui en dérive devrait être critiquée dans son principe même. Nous allons voir, cependant, qu'il n'en est pas ainsi.

(1) Cass., ch. réunies, 14 novembre 1846, D., 47, 1, 27.

(2) Labbé, note sous Cass. req., 3 juin 1891, S., 93, 1, 5.

LA THEORIE JURISPRUDENTIELLE DE LA DOT INCLUSE

SON PRINCIPE ET SON FONDEMENT

Parmi les innovations les plus intéressantes de la jurisprudence dotale se trouve le système de la représentation des biens dotaux par des paraphernaux ou la théorie de la « dot incluse ». Cette théorie est l'application la plus hardie que la jurisprudence ait faite de l'inaliénabilité dotale. Après avoir établi l'inaliénabilité de la dot mobilière, elle a étendu son idée de protection, en faisant, comme nous verrons un peu plus loin, une application de la subrogation réelle, pour garantir la dot jusque dans ses changements.

Le point de départ de cette théorie se trouve dans l'inaliénabilité de la dot mobilière qui, malgré les critiques académiques qu'on lui adresse (1), est un fait définitif en jurisprudence (2). Nous ne nous occupe-

(1) Laurent, *Traité*, t. XXIII, p. 528 ; Colmet de Santerre, *Cours analytique du code civil*, t. VI, n° 233 bis ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. IV, 2^e éd., 357, n° 2058.

(2) Il y a des arrêts qui se sont prononcés depuis très longtemps en faveur du système actuel (Limoges, 5 juillet 1816, S.,

rons pas des difficultés que soulève cette question de la dot mobilière, nous considérerons le fait acquis pour nous intéresser seulement à la dot incluse.

Les biens de la femme qui sont constitués en dot forment un patrimoine distinct auquel nous avons attribué une affectation familiale (1). Aujourd'hui on ne considère pas le patrimoine dotal comme des choses particulières qui n'ont aucune dépendance entre elles, ainsi que pensaient MM. Aubry et Rau (2) ; on y voit au contraire une masse de biens que les époux veulent épargner dans les jours de prospérité pour les jours de misère.

La loi s'occupe elle-même de maintenir cette masse affectée à un but précis. L'inaliénabilité est la garantie qu'elle accorde à la dotalité ; les exceptions qu'elle y apporte sont en harmonie avec le but de la dot.

Mais les différents biens qui forment le patrimoine dotal ne peuvent garder toujours la même nature ; ils changent nécessairement et certains d'entr'eux ne peuvent même être utilisés que si on les transforme. La volonté de protéger la dot conduirait à rechercher la conservation de la valeur dotal sous tou-

17, 2, 264) ; la jurisprudence n'a plus varié et la question ne se plaide plus depuis un arrêt des chambres réunies du 14 novembre 1846, D., 47, 1, 27. S., 46, 1, 844.

(1) Il y a là quelque chose de comparable au *homestead* et à l'assurance en cas de mort.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. VI, § 573, note 10.

tes les formes qu'elle pourra revêtir et assurer ainsi son indisponibilité. La loi ne permet pas d'aller si loin ; l'article 1543 du code civil, décidant que la dot ne peut être ni augmentée ni diminuée pendant le mariage, s'oppose à cette solution ; l'article 1553 du code civil, qui a donné naissance à notre théorie, est une conséquence de ce principe, il empêche toute subrogation de l'immeuble acquis soit au moyen (al. 1), soit en paiement (al. 2) des deniers dotaux. De ce changement de la dot, s'il avait lieu, il résulterait un danger pour les tiers, qui verraient frapper de dotalité un nouveau bien appartenant aux époux, sans qu'aucun indice ne leur révélât ce caractère dotal. C'est pour ce motif surtout que la loi empêche la subrogation d'opérer de plein droit dans ces circonstances.

Mais il y a d'autres cas où la loi impose la subrogation. C'est d'abord en cas d'échange (art. 1559, al. 2, c. civ.). L'immeuble échangé (ou la soulte) sera dotal jusqu'à concurrence de celui qui a été aliéné. Il en sera de même quand, dans le contrat de mariage, les époux ont stipulé l'emploi ou le remploi et qu'ils l'ont rendu obligatoire pour le mari (1). La subrogation dans ce cas est conventionnelle : l'im-

(1) Remarquons qu'en droit romain la subrogation opérait sans aucune condition : « *Res quæ ex pecunia dotali comparatæ sunt dotalis esse videntur* », Gaius., D., liv. XXIII, tit. III, l. 54.

meuble acquis sera dotal pourvu que les conditions édictées par les articles 1434 et 1435 du code civil aient été remplies. La jurisprudence applique cette même idée de subrogation aux indemnités d'expropriation (Cass., 10 déc. 1845, D., 46, 1, 225 ; S., 46, 1, 16), et à l'indemnité payée en réparation d'un délit commis sur un immeuble dotal (Agen, 6 janvier 1890, et Cass., 5 janv. 1891), hypothèses que nous retrouverons plus loin. Dans tous ces cas, la valeur dotale se retrouve avec la même qualité.

Il n'en est pas de même dans des cas, plus nombreux, que nous n'avons pas l'intention d'énumérer ici (1), où la subrogation ne pouvant s'opérer ni d'après l'indication expresse de la loi, ni d'après le contrat de mariage, l'immeuble ou plus généralement le bien acquis avec une valeur dotale perd ce caractère dotal et entre dans le patrimoine paraphernal de la femme.

C'est dans ces cas que la jurisprudence est intervenue, pour créer la théorie de la dot incluse, et nous croyons que, dans sa décision, elle a été conforme à la fois au principe de la dotalité ou mieux de l'inaliénabilité dotale et aux nouvelles idées qui ont cours sur la subrogation réelle (2).

Prenons un exemple pour éclairer notre raison-

(1) Voir la partie technique de notre thèse.

(2) Voir Alb. Lambert, note dans *Pand. fr.*, 96, 1, 320.

nement. Une femme mariée sous le régime dotal se sépare de son mari quant aux biens et celui-ci en restitution de la dot lui donne au lieu des 100.000 francs qu'il lui devait, un immeuble qui en vaut autant. Pas de clause d'emploi dans le contrat de mariage. La solution est simple : le bien sera un paraphernal de la femme et le mari se sera acquitté ; car il aura payé la dot.

La jurisprudence ne s'est pas contentée de cette solution. Au-dessus de l'intérêt de la femme, il y a un autre intérêt qu'elle veut sauvegarder. C'est pourquoi elle avait décidé précédemment que non seulement la dot immobilière sera inaliénable, mais aussi la dot mobilière qui souvent peut être considérable. Si on a adopté le régime dotal, c'est que l'on poursuivait un certain but et les tribunaux se sont ingéniés à trouver des procédés permettant de l'atteindre. Ce n'est pas seulement l'intérêt de la famille qui, dans notre hypothèse, légitime la solution de la jurisprudence ; c'est l'intérêt de la femme même ; les deniers qui se trouvaient entre les mains du mari étaient garantis dans son patrimoine par une hypothèque légale ; cette hypothèque disparaissant après la séparation, pour la restitution de la dot, la femme n'aurait plus qu'une créance ordinaire, tout à fait insuffisante.

Laissons pour l'instant cette deuxième raison de la solution, nous l'apprécierons plus loin. Bornons-

nous à étudier la jurisprudence dans son principe même, sans nous occuper des cas particuliers. La jurisprudence décide que toutes les fois que les valeurs dotales ont servi à l'acquisition d'un bien, ce bien sera considéré comme contenant la dot, et qu'en conséquence de cette dotalité, le bien sera indisponible jusqu'à la concurrence du montant de ces valeurs dotales, pourvu que cette incorporation ait été mentionnée dans l'acte d'acquisition de façon à ce qu'il puisse être facilement porté à la connaissance des tiers.

Laissons de côté, également, la connaissance des tiers que nous retrouverons dans le chapitre IV et les conséquences de l'inclusion de cette valeur dotale qui formera l'objet d'un chapitre et occupons-nous pour le moment du principe : *Une valeur conserve son caractère malgré les différents changements qu'elle subit et sans qu'il y ait légalement subrogation.*

Plaçons la théorie de la dot incluse en face de l'article 1553 du code civil qu'on considère comme son plus grand ennemi. Il est certain que cet article ne déclare pas le bien dotal, et en cela il est conforme à l'article 1543 du code civil, qui défend de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage, et aussi, croyons-nous, à l'intérêt des époux ; car si on admettait la solution contraire, ce serait transformer les 100.000 francs par exemple en un im-

meuble dotal qui ne pourrait plus changer de caractère. La dot n'aurait pas été constituée en deniers mais en un immeuble. La jurisprudence respecte cette solution de la loi, quand elle déclare le bien paraphernal et qu'elle y découvre une valeur dotale qui sera prélevée sur le prix. L'immeuble, dans ce cas, est parfaitement aliénable, mais, lorsqu'il sera vendu, le prix sera grevé de la valeur dotale. Aucun préjudice n'en résulte pour l'acquéreur s'il a pu connaître la situation du paraphernal en consultant l'acte d'acquisition de son vendeur ; mais il ne serait pas équitable de lui faire supporter les fluctuations de la valeur de l'immeuble ; la femme devra se contenter du prix qu'on lui offre et, si la vente est faite en justice, elle supportera nécessairement le privilège des frais de justice.

L'immeuble ainsi grevé n'est pas frappé dans toute sa teneur d'indisponibilité, et l'on peut supposer que la dot ne représente qu'une partie de sa valeur. Le bien paraphernal étant parfaitement aliénable, on peut même aller jusqu'à dire que, par ce moyen, la jurisprudence concilie deux caractères qui semblent s'exclure : l'aliénation et la dotalité.

Le bien n'est donc pas dotal. Certains ne veulent pas l'attribuer à la femme et le rendre paraphernal, l'immeuble appartiendrait alors au mari. Mais cette solution est absolument inadmissible pour les cas les plus nombreux, ceux qui se produisent après la

séparation de biens : le mari cède, par exemple, à sa femme un immeuble en paiement de la dot ; on ne pourrait lui en attribuer la propriété. Il en est de même dans l'hypothèse où la femme se rend adjudicataire d'un bien du mari, soit avant, soit après la séparation de biens. Il ne pourrait être question de l'attribuer au mari que s'il l'avait lui-même acquis avec des deniers dotaux, au *nom de la femme* (1), mais dans l'énonciation même de l'hypothèse, nous constatons que l'immeuble a été acquis au nom de la femme et qu'on ne saurait rendre une autre personne acquéreur sans contrevenir à la volonté des parties et aux principes généraux du droit.

Nous voulons démontrer maintenant que la solution de la jurisprudence est une application juridique de la subrogation réelle (2) ; elle introduit un système nouveau en décidant que ce paraphernal « contient dans ses flancs » (3) la valeur dotale indisponible que la femme pourra retrouver à l'encontre des acquéreurs ou des créanciers saisissants qui prétendraient avoir plus de droits qu'elle sur ce bien.

La notion de la subrogation réelle a été considérablement élargie et on tend aujourd'hui à l'introduire dans tous les cas où des biens isolés sont sou-

(1) Conf. note de M. Planiol, dans D., 96, 1, 313.

(2) Voir la note de M. Lambert précitée, p. 321.

(3) D'après l'expression de Labbé, S., 93, 1, 5.

mis à une affectation spéciale (1). M. Saleilles, en parlant de cette subrogation, dit qu'« on peut concevoir d'autres formes de propriété, une forme de propriété limitée ou, comme disent les Allemands (*Gebundenes Eigenthum*), de propriété liée, c'est-à-dire enchaînée à une destination supérieure qu'elle doit reconnaître et respecter, dominée par la nécessité d'une affectation spéciale qui fasse du propriétaire une sorte d'intermédiaire ou de gérant dont la mission légale soit d'employer suivant leur destination les choses qu'il possède ; ce propriétaire, de monarque absolu est devenu roi constitutionnel » ; et un peu plus loin : « car l'affectation qui la domine ne supprime pas le droit exclusif de l'individu d'exercer par rapport à la chose, ce pouvoir de maître qui est le fondement même de la propriété, et, d'autre part, elle ne cesse pas d'avoir pour lui une valeur patrimoniale qui constitue l'essence même de tout droit de propriété » (2). Pour notre théorie, nous n'avons pas besoin de pousser aux dernières limites les conséquences de la subrogation. La dôt doit être conçue, avons-nous dit, comme un patrimoine distinct subissant une condition différente, vivant une vie indépendante et se développant isolément (3). Déjà

(1) M. Saleilles dans S., 95, 2, 185.

(2) Note de M. Saleilles précitée.

(3) Note de M. Lambert, *Pand.*, 96.

en 1856, M. Labbé (1) avait envisagé la dot de la même manière. « Ce qui compose la dot, dit-il, ce sont des biens conservés moins « *in specie* » que pour *leur valeur* ; ce qui constitue la dot c'est un ensemble de biens ayant une destination commune et qui sont susceptibles d'être remplacés par d'autres biens recevant la même qualité ou la destination des premiers ». La valeur des biens seule importe ; nous devons nous demander maintenant si la subrogation peut ici fonctionner, si elle ne se trouve pas en contradiction avec quelque texte spécial du régime dotal.

On lui oppose l'article 1553 qui, précisément, a pour but de limiter les cas où la subrogation peut s'opérer : « la subrogation réelle serait excellente pour systématiser les résultats obtenus par la jurisprudence, si celle-ci ne s'était pas développée en dehors de la loi » (2). Voyons quel est le rôle de l'article 1553 du code civil et analysons, par rapport à l'inaliénabilité de la dot mobilière, que nous avons toujours à l'horizon, si, par son jeu naturel, il n'est pas de nature non seulement à ne pas s'opposer à notre théorie, mais à en faire un point de départ équitable.

(1) Labbé, *Revue critique*, 56, II, 16. La solution contraire a été défendue par MM. Aubry et Rau (t. VI, § 575, note 10). Conf. M. Massigli dans *Revue critique*, 1892, p. 649.

(2) M. Dimitresco, *Représentation des biens dotaux par des paraphenaux*, thèse, p. 14.

La dot est composée de biens mobiliers et immobiliers ; la loi déclare les seconds inaliénables (art. 1554 du code civil), tandis que la jurisprudence ne considère la dot mobilière comme inaliénable qu'entre les mains de la femme. Donc l'inaliénabilité n'a ni la même nature ni la même énergie dans les deux catégories de biens (1). Appliquons les effets d'une subrogation légale éventuelle ; avec des deniers dotaux on achète une maison ; cet immeuble prendra place dans le patrimoine dotal de la femme et réciproquement les deniers provenus de l'aliénation permise d'un bien dotal devraient suivre le traitement de la dot mobilière, ils tomberont dans le patrimoine du mari et la femme perdrait « les garanties sur lesquelles elle avait le droit de compter » (2). L'article 1553 du code civil a précisément pour but d'éviter ce résultat. Comme le fait remarquer M. Lambert (3), cet article fait l'application de ces idées, en décidant que l'immeuble ne peut pas être dotal, car si on l'avait rendu dotal, on aurait méconnu non seulement le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais aussi la nature de la subrogation réelle, car l'immeuble ainsi acheté avec des deniers dotaux, aurait acquis une inaliénabilité plus

(1) Note de M. Lambert précitée, p. 324.

(2) *Idem.*

(3) *Idem.*

énergique que celle que la jurisprudence prévoit pour les meubles. « La notion de la subrogation réelle permet donc d'aboutir à ce double résultat : empêcher, d'une part, la masse paraphernale de s'accroître aux dépens de la dot ; empêcher, d'autre part, que le changement survenu dans la composition de la dot n'en aggrave ou n'en restreigne l'inaliénabilité » (1).

C'est donc une consécration logique et équitable que la jurisprudence fait de sa conception sur la dot mobilière et cela n'est pas en conflit avec l'article 1553 du code civil (2).

CARACTÈRE DU DROIT DE PRÉLÈVEMENT DE LA FEMME.

Avant d'entrer dans l'étude analytique des hypothèses de dot incluse, maintenant que nous avons vu le fondement et les grandes lignes du système, examinons la nature du droit de prélèvement de la

(1) Lambert, *loc. cit.*

(2) On trouve d'ailleurs dans la jurisprudence plus directement l'application de cette même idée de subrogation. Un arrêt de la cour de cassation, chambre des requêtes, du 5 janvier 1891, (Cass. req., 5 janvier 1891, S., 91, 1, 402. Conf. Cour d'appel d'Aix, 6 janvier 1890, S., 90, 2, 88 et l'article précité de M. Massigli dans la *Revue critique*, 1892, p. 649) a décidé que les dommages-intérêts alloués à la femme par le notaire à la suite de la perte d'un fonds dotal survenue par sa faute étaient dotaux parce qu'ils entraient dans le patrimoine de la femme à la place de l'immeuble.

femme contre le tiers acquéreur. Elle ne ressort pas d'une manière très nette des arrêts relatifs à la matière quoique l'idée générale de la théorie soit certaine : c'est un prélèvement que la femme exerce pour obtenir sa dot.

Dans un arrêt de la cour de cassation (req., 8 juin 1895), la femme invoquait que les paraphernaux représentaient la dot mobilière et se fondait sur ce que « les immeubles étaient grevés par privilège de la créance dotale qui lui appartenait » (1). L'espèce était la suivante : la femme avait une hypothèque sur le bien de la mère de son mari pour garantir la restitution de sa dot mobilière ; le mari ayant fait faillite, sa mère cède à sa bru l'immeuble hypothéqué en paiement de sa dot mobilière. Plus tard, les créanciers de la femme se présentent pour saisir l'immeuble, elle invoque le bénéfice de sa dot mobilière renfermée dans ce paraphernal, se fondant sur la notion du privilège. La cour de cassation l'a repoussé en déclarant que « la femme dont la créance se trouvait éteinte par la réalisation de l'engagement de la caution ne pouvait prétendre à un droit de préférence sur lesdits immeubles » (2). Comme le fait remarquer M. Lambert (3), il « est impossible d'apercevoir une relation, même lointaine, entre la préten-

(1) Cass. req., 18 juin 1895, *Pand. fr.*, 96, 1, 321.

(2) Voir les motifs de l'arrêt.

(3) Note *Pand. fr.*, 96, 1, 321.

tion formulée par la femme et le motif invoqué pour l'écarter. La cour semble avoir confondu avec la dotalité renfermée l'hypothèque légale sur les biens du mari, ou plutôt une de ses extensions conventionnelles ». Le privilège (hypothèque de la femme sur les biens de la belle-mère) avait disparu et elle prétendait opposer la représentation des biens dotaux par les paraphernaux, à l'encontre des créanciers de sa belle-mère et non des siens.

Beaucoup d'arrêts déclarent que les paraphernaux « étaient grevés de la créance dotale entre les mains de la femme, comme ils auraient été grevés de l'hypothèque légale entre les mains du mari » (1). Il semble qu'on fait allusion à un droit de créance privilégié que la femme aurait sur le prix de l'immeuble qui contient la dot. « Le droit de la femme est bien un privilège, dit M. Regnault (2), et nous avons tiré une conséquence pratique de cette idée en accordant aux tiers détenteurs le droit d'opposer à la femme la prescription de dix à vingt ans de l'article 2180, alinéa 4, du code civil ». Mais ces auteurs

(1) Chambre civile de la cour de cassation, 12 avril 1870, S., 70, 1, 185, D., 70, 1, 264.

(2) Regnault, *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation de valeurs dotales par des paraphernaux*, thèse, Paris, p. 111. Voir aussi Rodière sous Cass., 12 avril 1870, S., 1, 185; Auzouy, *De la transformation de la dot*, thèse, Paris 1886, p. 134.

admettant l'idée d'un privilège ne font pas une assimilation complète avec les privilèges ordinaires. Ils y voient des différences. Ainsi ce privilège ne serait pas soumis au système de publicité ordinaire des privilèges ; de plus on ne pourrait exercer à leur occasion le droit de purge, car l'article 2181 est inapplicable, le privilège ne pouvant être inscrit et les articles 2193 et suivants ne parlent d'ailleurs que d'immeubles appartenant à des maris et des tuteurs.

Cette conception doit être repoussée non seulement parce que ce serait créer un droit de privilège dont il n'est pas question dans la loi, mais aussi pour des raisons d'ordre pratique. « L'inexactitude de cette qualification saute aux yeux pour peu qu'on se rende compte que la représentation des valeurs dotales par des paraphernaux découle de la séparation de la fortune de la femme dolate en deux universités juridiques susceptibles d'avoir sur un même bien des droits distincts et indépendants » et un peu plus loin, M. Lambert (1) ajoute : « La notion du privilège est aussi étrangère aux rapports réciproques des deux patrimoines qui se trouvent réunis en une même main sans s'y confondre, qu'aux relations des copropriétaires entre eux. Ce n'est pas une créance privilégiée qui naît de l'immobilisation de la dot mobilière, mais un *droit réel* ». Quand un créancier sai-

(1) M. Lambert, dans la note *Pand. fr.*, 96, 1, 321.

sira un bien paraphernal de la femme, contenant une valeur dotale, la saisie sera valable, car le bien est saisissable ; mais la valeur dotale contenue ne pouvant être aliénée sera distraite de la saisie. La femme exercera sur cette valeur, ou mieux sur la partie du prix correspondant à cette valeur, le droit réel dont elle est titulaire. L'adjudicataire du bien subira l'action en restitution des deniers dotaux comme il subirait l'action en nullité pour ces deniers. Et c'est dans une certaine mesure une action en nullité que la femme intentera, car elle aura aliéné une partie de la dot dont elle n'avait pas la libre disposition.

M. Planiol (1) critique également la notion du privilège : « Le prélèvement de la femme, dit-il, n'est pas l'effet d'un privilège qui lui donnerait la priorité sur les autres créanciers, car elle est créancière elle-même ; c'est bien plutôt une sorte de *demande en distraction* par laquelle elle soustrait aux poursuites de ses créanciers une valeur qui n'est pas saisissable ».

Le prélèvement de la femme se fait par conséquent en vertu d'un droit propre qui a sa source dans le maintien du caractère dotal d'une valeur comprise dans son patrimoine.

(1) Note dans D., 96, 1, 315.

CHAPITRE PREMIER

Notions historiques.

Nous allons nous occuper dans le présent chapitre de l'historique de la question. Notre théorie est une innovation de la jurisprudence du XIX^e siècle ; elle n'existait donc pas avant 1839. Il est tout de même intéressant d'étudier la nature de la dotalité en droit romain. La formation de la dot et la conception romaine de la dotalité sont intéressantes pour la bonne intelligence de la jurisprudence dotale moderne. Pour la période de l'ancien droit français, nous rappellerons brièvement la notion de la dotalité subsidiaire à laquelle on a essayé de rattacher la théorie de la dot incluse, quoique cela soit complètement inexact ; mais nous croyons utile de le démontrer brièvement.

En 1839 nous trouvons le premier arrêt qui établit les assises de la théorie. Depuis, les arrêts n'ont fait que compléter le système. Nous tâcherons, dans la deuxième partie de ce chapitre, d'étudier l'évolution de la jurisprudence jusqu'au complet avènement de la théorie.

PREMIÈRE PARTIE. — Avant le premier arrêt.

A. *Court aperçu sur la dot en droit romain.*
— Dans les premiers temps de l'histoire romaine, les rapports de famille étaient encore très intimes ; le mariage se faisait avec *manus*, et dans ce cas la dot n'existait pas. La femme entraît dans la famille de son mari. Si, à l'occasion du mariage, une certaine somme avait été donnée au mari, celui-ci en devenait propriétaire sans obligation de restitution. La femme devenait *loco filia* et, le mariage dissous par la mort du mari, elle venait en concours avec ses propres enfants, en qualité d'*heres sua*. Lorsque le divorce, d'abord assez rare, se fut répandu, et surtout quand le mariage *sine manu* s'est substitué au mariage *cum manu*, la femme restant dès lors membre de la famille de son père, son droit à la succession de son mari disparut et l'on sentit le besoin de garantir la restitution des valeurs que le mari avait reçues en se mariant.

Ce fut d'abord en instituant des stipulations spéciales. La nécessité de subvenir aux charges du mariage, qui seule expliquait la constitution de la dot, ayant cessé, le mari devait, au moment du divorce, la restitution de la dot à la femme. C'est pour protéger la femme que l'on introduisit les « *cautiones rei uxoriae* », qui bientôt devinrent de style. Plus tard, le préteur accorda à la femme « l'action *rei uxori-*

riæ » pour lui permettre d'obtenir sa dot. On alla même plus loin, on garantit la restitution par un « *privilegium inter personales actiones* » (1).

Sous *Auguste*, la nature de la dot change visiblement d'aspect ; la dot n'apparaît plus comme une somme d'argent dont la femme avait besoin pour subvenir à ses dépenses une fois le mariage dissous. On sentit le besoin de favoriser les secondes noces et pour les multiplier *Auguste* prit une série de mesures d'un caractère politique. Par la loi *Julia de adulteriis* on restreignit le droit du mari sur la dot, en interdisant l'aliénation du fond dotal italique, sans le consentement de la femme (2) et en lui défendant d'une manière absolue de l'hypothéquer. Le motif est donné par *Paulus* (3) « *Reipublicae interest mulierum dotes salvas esse* » : c'est un motif d'un ordre très général : l'intérêt public et l'interdiction est plutôt dirigée contre le mari.

Justinien alla plus loin, il défendit l'aliénation et l'hypothèque du fond dotal italique ou provincial même avec le consentement de la femme : « *Ne fragilitas naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* ». Il accorda une action *in rem* privilégiée permettant de revendiquer les choses dotales à l'encontre même de créanciers hypothécaires, si elles se trouvaient

(1) 12, C., 8, 47, *Qui in potiores*.

(2) *Gaius, Instit.*, II, 65.

(3) *Paulus au Dig.*, liv. XVIII, tit. III, l. 2.

dans le patrimoine du mari (1) et remplaça l'action *rei uxoriæ* par une action *ex stipulatu*.

On remarque donc que plus on avance vers la période du Bas-Empire, plus les mesures de conservation de la dot sont sévères. Enfin avec Justinien la dot est protégée non plus pour le principe de l'ordre public, comme au temps d'Auguste, mais pour la protection spéciale de la femme : l'aliénation n'est plus permise même avec le consentement de celle-ci ; la protection change de but : elle est dirigée contre la femme elle-même.

B. — *La dotalité subsidiaire dans l'ancien droit français.* — Sous l'empire de certaines coutumes, il existait une institution dite de la *dotalité subsidiaire*, qui avait pour but, en cas d'insolvabilité du mari, de suppléer à l'action en restitution de la dot. L'immeuble que le mari avait acheté avec des deniers dotaux ne devenait pas dotal, mais il devenait dotal subsidiairement et la femme pouvait exercer une action en revendication contre les tiers acquéreurs ou créanciers saisissants de ce bien, qui seraient contraints de le laisser entre ses mains ou de lui payer le montant de sa dot.

Cette dotalité subsidiaire avait son origine dans deux textes des lois romaines (2). « La dotalité sub-

(1) 30, C., 5, 12, *De jure dotium*.

(2) Voir note de Lisbonne dans S., 53, 2, 678 et Tessier, *Traité de la dot*, 1835, t. I, note 386 p. 219.

subsidaire frappait l'acquisition faite par le mari et en son nom, dotalité qui avait lieu en cas d'insuffisance des biens dudit mari et discussion faite de ses biens, et qui donnait à la femme la revendication utile, de telle sorte que les tiers détenteurs pouvaient se maintenir en possession en offrant à la femme de la payer, ou les créanciers du mari pouvaient faire cesser la distraction demandée par la femme, en faisant offre d'enchérir les biens à somme suffisante pour la désintéresser » (1).

Le code a-t-il maintenu le système de la dotalité subsidiaire ? Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour répondre négativement (2). L'arrêt de la cour de Montpellier du 18 février 1853 (3) déclare : « En l'absence d'une clause d'emploi dans le contrat de mariage, on ne peut, sous l'empire du code Napoléon, attribuer le caractère dotal à un tel immeuble (donné par le mari à sa femme après séparation de biens, en paiement de sa dot mobilière) par l'application des principes de la dotalité subsidiaire, anciennement admis dans le ressort du parlement de Toulouse ». Après s'être prononcée contre le système de

(1) Tessier, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) Tessier, *op. cit.*, *loc. cit.*; Merlin, *Rép.*, v^o *Dot*, § 10, t. IV, p. 222; Toullier, *Dr. civ.*, t. XIV, n^o 428; Lisbonne et Devill, note S., 53, 2, 678; Troplong, *Contr. de mar.*, 1850, t. IV, p. 233, en note.

(3) Montpellier, 18 février 1853, S., 53, 2, 678,

la dotalité subsidiaire, la cour de Montpellier se prononce en faveur du système de la dot incluse.

Faut-il voir dans la représentation des biens dotaux par les paraphernaux une conséquence de la pratique de la dotalité subsidiaire dans certaines de nos anciennes coutumes ? Les auteurs se prononcent contre cette idée et font de cette théorie une dérivation de l'inaliénabilité de la dot mobilière (1). Le système de la dotalité subsidiaire a été abandonné par le code civil (2). Il n'y a d'ailleurs aucune assimilation possible entre les deux institutions. La dotalité subsidiaire frappe l'immeuble entre les mains du mari ; l'indisponibilité provenant de la dot incluse ne s'étend pas en dehors du patrimoine de la femme (3).

DEUXIÈME PARTIE — L'évolution de la jurisprudence moderne.

La théorie de la dot incluse s'est formée petit à petit à partir de 1839 ; la première solution où elle apparaît comme fixée est celle de la cour de cassation du 31 janvier 1842 (4).

Il est important de noter, avant de parler du pre-

(1) Devill, note S., 53, 2, 678.

(2) Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 270 ; Lisbonne, note précitée.

(3) Voir note de M. Lambert, *Pand. fr.*, 96, II, p. 321. Cf. Massigli, dans *Revue critique*, 1892, p. 651.

(4) Cass., 31 janvier 1842, S., 42, I, 410.

mier arrêt, l'état de la jurisprudence antérieure, en ce qui concerne, d'un côté, la situation de l'immeuble donné par le mari à la femme après la séparation de biens, en paiement de sa dot constituée en argent et, d'un autre côté, la condition de la dot mobilière. La première application de la théorie de la dot incluse n'a été qu'une conséquence de la conception qu'on avait sur l'inaliénabilité de la dot mobilière entre les mains de la femme. En effet, la jurisprudence s'est acharnée à protéger la femme qui recevait sa dot mobilière, après la séparation de biens. Sur ce point la jurisprudence a appliqué une décision antérieure par laquelle elle décidait que l'inaliénabilité dotale persistait après la séparation de biens pour les valeurs immobilières comme pour les valeurs mobilières (1) ; entre ses mains les deniers étant indisponibles, il a fallu déclarer indisponible l'immeuble qui les renfermait afin de garantir la dot.

Jusqu'à une certaine époque, la question de la dotalité ou de la non dotalité de l'immeuble ainsi recueilli par la femme est restée controversée. On trouve même un arrêt de la cour de Grenoble du 1^{er} juillet 1846 (2), qui se prononce encore pour la dota-

(1) Voir J. G., *Contrats de mariage*, n° 3503, l'arrêt du 1^{er} février 1819.

(2) Grenoble, 1^{er} juill. 1846, S., 47, 2, 280.

lité. La théorie de la dot incluse n'était pas encore, à cette époque, assez solidement admise dans la jurisprudence, car l'arrêt précité de la cour de Grenoble en 1846 ne l'accepte pas encore. On peut citer des arrêts plus anciens dans le même sens : par exemple celui de Rouen du 26 juin 1824 (1). Mais il y a eu aussi de bonne heure des arrêts en sens contraire (2), et les auteurs se sont prononcés depuis longtemps dans ce sens (3).

L'espèce qui s'est présentée la première dans l'ordre chronologique des arrêts sur la dot incluse, a été la suivante (Cass., 31 janv. 1842, S., 42, 1, 110). Le mari cède à sa femme après la séparation de biens deux immeubles d'une égale valeur, pour la remplir de sa dot. Puis, la femme vend ces immeubles et le prix paraît s'être compensé avec des dettes que la femme avait envers l'acheteur. Longtemps après, la femme assigne l'acquéreur en désistement de l'immeuble acquis et en restitution des fruits ; elle fonde sa demande sur l'indisponibilité des immeubles qui, donnés par le mari en paiement de la dot mobilière,

(1) S., 25, 2, 49. Voir encore Montpellier, 17 nov. 1830, S., 31, 4, 298.

(2) Bordeaux, 5 fév. 1829, S., 29, 2, 180 ; Poitiers, 5 juill. 1839, S., 39, 2, 542 ; Riom, 8 août 1843, S., 44, 2, 590.

(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. XV, n° 436 ; Zachariæ, *Droit civil français*, III, p. 536 ; Tessier, *op. cit.*, I, note 410, p. 246 ; Troplong, rapport reproduit sous l'arrêt S., 42, 1, 112.

étaient inaliénables, car ni elle ni le mari n'auraient pu les aliéner sans remploi du prix, remploi qui n'avait pas eu lieu. Le tribunal de Grasse, par un jugement du 28 janvier 1839, rejette la demande. Mais la cour royale d'Aix, dans un arrêt du 31 mars 1839, condamne l'acquéreur « à délaisser les immeubles qu'ils ont acquis, avec restitution des fruits. »

Il est intéressant de citer le motif que donne ce premier arrêt : « Attendu, dit la cour, que les immeubles que la femme a reçus de son mari en paiement d'une partie de sa dot mobilière, sont la représentation de celle-ci ; que, de même que la femme n'aurait pu aliéner la somme d'argent qui lui fut constituée en dot, il a été hors de son pouvoir de vendre l'immeuble qui la représentait (1) ; que les acquéreurs de ces immeubles, s'ils avaient voulu se soustraire à l'action en revendication exercée contre eux, auraient dû offrir la restitution de la dot mobilière ; que, loin de faire cette offre, ils n'ont pas cessé de manifester une intention contraire ; qu'il y a lieu, dès lors, d'accueillir la revendication qui est demandée » (2). On voit donc que la cour se place au point de vue de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

(1) Voir sur cette contradiction de la jurisprudence, qui donne à la femme les mêmes droits d'administration qu'au mari, d'un côté, et qui, d'un autre, lui applique les règles de l'inaliénabilité de la dot mobilière. notre thèse, chap. II.

(2) Arrêt de cassation, 31 janvier 1842, S., 42, 1, 110.

Le pourvoi en cassation contre la cour d'Aix était fondé sur ce que ce dernier arrêt était contraire à l'article 1553 du code civil qui, empêchant l'immeuble acheté avec des deniers dotaux de devenir dotal, s'opposait également à ce que l'immeuble donné par le mari à la femme, après la séparation de biens, soit dotal et que, dès lors, on a pu l'aliéner ; par conséquent la vente consentie est inattaquable. Mais le rapporteur Troplong (1) répondit à cette affirmation. En droit la question se pose ainsi ; mais, en fait, les acheteurs n'ont pas payé le prix constituant la dot qui « avait une affectation spéciale aux besoins de la famille » ; or, ce prix ayant le caractère dotal est inaliénable et ne peut pas servir à désintéresser l'acquéreur. La femme doit recevoir le paiement réel, total et effectif. Pour assurer ce paiement, il faut admettre la revendication.

La formule de cet arrêt est très claire et la théorie de la jurisprudence y apparaît nettement ; les arrêts postérieurs n'ont fait qu'appliquer cette idée aux mêmes espèces ou à des espèces analogues.

La doctrine était préparée pour admettre le nouveau système. Nous remarquerons à cet égard une solution de Tessier (2) donnée longtemps avant que la jurisprudence se soit prononcée sur la question.

(1) Voir le rapport de Troplong sous l'arrêt, S., 42, 1, 110.

(2) Tessier, *Traité de la dot*, t. I, LIII, p. 266.

Elle est cependant tout à fait conforme à son idée. L'hypothèse que prévoit Tessier est celle qui s'est présentée souvent, ensuite, dans la pratique et qui a été résolue par les tribunaux dans le sens indiqué par lui. Un père, en mariant sa fille, lui constitue en dot une somme qu'il ne paie pas. Il meurt et laisse sa fille unique héritière. Les immeubles recueillis par la fille dans la succession du père ne sont pas dotaux, mais ajoute Tessier (1) : « Faites attention pourtant que si les immeubles dont il s'agit sont susceptibles d'être aliénés, comme extra-dotaux, l'inaliénabilité ne cessera pas d'exister à l'égard de la dot en deniers qui y repose. Aussi, en cas de vente desdits immeubles, le prix de la vente, jusqu'à concurrence du montant de cette dot, sera affranchi de toute exécution de la part des créanciers envers lesquels la femme aurait contracté des obligations ». Remarquons que la solution de Tessier est plus importante que celle de l'arrêt, car elle suppose une hypothèse plus compliquée. Ce n'est pas, en effet, après la séparation des biens que l'hypothèse intervient, mais bien avant, où il semblerait que les conséquences de l'idée de la jurisprudence sur la dot mobilière ne devraient pas conduire au système de la dot incluse. Son fondement paraît se découvrir plutôt dans l'idée de re-

(1) Tessier, *op. cit.*, I, p. 268.

trouver une valeur qui a une existence distincte et un but déterminé. Il est vrai qu'à cette époque Tessier n'avait pas à s'occuper de l'intérêt des tiers à connaître cette indisponibilité ; le contrat de mariage, lui-même, qui frappait de dotalité les immeubles, n'était pas porté à leur connaissance.

Remarquons encore, avant de passer en revue les solutions que la jurisprudence a, plus tard, ajoutées en complément de la théorie, un arrêt de la cour de Riom sur lequel nous aurons encore à revenir (1). Cet arrêt, qui date d'une époque où la théorie de la dot incluse n'existait pas encore en jurisprudence, ne se prononce pas sur la question, mais il vise une hypothèse où la théorie aurait trouvé place (2). « La constitution dotale, dit l'arrêt dans ses motifs, a été confondue dans les biens qui furent attribués à la femme ». Ce n'est que par cette observation que l'arrêt nous intéresse pour le moment ; la cour ne se prononce pas sur la question de savoir si ces immeubles sont frappés d'indisponibilité dans les limites du montant de la dot ; mais, si la cour avait eu à se prononcer, elle aurait probablement résolu le problème de la manière dont la jurisprudence le résout aujourd'hui.

Une fois les assises de la théorie consolidées, la jurisprudence en a rapidement étendu l'application.

(1) C. de Riom, 11 févr. 1809, S., 40, 2, 72. Voyez chap. II.

(2) M. Martin, *Actions dotales*, p. 6 et suiv.

Ainsi, après la solution de la cour de cassation en 1842, nous relevons dans le même sens un arrêt de la cour de Riom du 8 août 1843 (1), où est dit que « les créanciers sont tenus de distraire du prix de la vente de cet immeuble la valeur de la dot, et d'en assurer la propriété à la femme. »

La jurisprudence a appliqué l'idée de représentation qu'elle faisait prévaloir dans les hypothèses où un immeuble avait été livré, après la séparation de biens, par le mari à sa femme, en remboursement de sa dot constituée en argent, et dans d'autres cas plus compliqués où la solution ne paraissait pas découler naturellement de la théorie de la dot mobilière. Ainsi, par exemple, un arrêt de la cour de cassation, chambre civile, du 1^{er} décembre 1857, introduit notre théorie dans le cas où l'immeuble avait été abandonné à la femme mariée sous le régime dotal, dans la succession de son père, pour la remplir de la dot non payée : le prix de cet immeuble, qui ne peut être qu'un paraphernal, sera frappé de dotalité jusqu'à concurrence de la dot. La solution de cette espèce ne se fonde plus sur l'inaliénabilité de la dot mobilière ; les

(1) Riom, 8 août 1843, D., 43, 2, 148. Nous pourrions citer dans le même sens : Montpellier, 18 février 1853, D., 54, 2, 203 ; Toulouse, 24 février 1860, D., 60, 2, 64 ; Caen, 18 mars 1861, S., 61, 2, 284 ; Caen, 15 févr. 1870, D., 70, 2, 68 ; Civ. rej., 21 nov. 1871, D. 71, 1, 291 ; Limoges, 27 déc. 1892, D., 94, 2, 302 ; Civ., 16 mars 1897, D., 98, 1, 81.

magistrats ont été conduits à donner cette solution, quoique le cas se soit présenté avant la séparation. Si l'immeuble avait été donné au mari, la femme aurait pu exercer son hypothèque légale qu'elle aurait pu opposer même aux créanciers envers lesquels elle se serait personnellement engagée. « Pourquoi, dit l'arrêtiste (1), les créanciers bénéficieraient-ils de la circonstance que l'immeuble au lieu de devenir, par l'objet de la dation en paiement, la propriété du mari et le gage hypothécaire de la femme, s'est trouvé la propriété même de la femme ? » Et il ajoute, « l'espèce de l'arrêt est particulièrement favorable à la femme » (2).

De cette hypothèse où un immeuble seulement sera grevé entre les mains de la femme il est tout naturel de passer à la solution d'une universalité de biens — d'une succession — qui soit grevée dans le patrimoine de la femme de la valeur des deniers dotaux qui n'a pas été payée par le constituant. C'est ce qu'a fait la

(1) D., 57, 1, 72.

(2) Dans le même sens on peut citer, Agen, 4 mai 1858, D., 58, 2, 152. L'arrêt de la cour de cassation, rej. du 3 juin 1891, D., 92, 1, 13, quoique donnant une solution contraire, n'est, ni dans ses motifs, ni dans son dispositif, de nature à renier la doctrine de la jurisprudence. Nous le retrouverons et nous l'expliquerons en matière de publicité. Dans le même sens, Pau, 2 juin 1896, D., 98, 2, 356 qui fait l'application de la même idée et donne la même solution.

cour de Toulouse, 13 mars 1890 (1), qui décide que *toute la succession* répondra de cette valeur dotale.

L'évolution de la jurisprudence est surtout intéressante à étudier au point de vue des conséquences qu'elle attribue à cette indisponibilité. C'est sur ce terrain qu'apparaît le conflit entre les intérêts de la femme d'un côté et celui des tiers de l'autre, intérêts que la jurisprudence a dû concilier.

Au commencement, les tribunaux se sont montrés hardis pour déterminer les conditions de saisissabilité de ce bien qui se présente avec des caractères spéciaux, en poussant jusqu'aux dernières limites le soin de sauvegarder la dot. Non seulement la valeur dotale est indisponible dans le bien paraphernal qui peut être saisi, mais la jurisprudence est allée jusqu'à contraindre les tiers à subir un préjudice d'autant plus immérité qu'ils ignoraient complètement cette situation. C'est ainsi que l'on trouve des cours d'appel qui, au milieu du siècle dernier, avaient imposé des obligations excessives aux tiers (2). Ainsi certains arrêts leur imposent de fournir caution à la femme, de lui rembourser les sommes dotales ayant servi à l'ac-

(1) D., 90, 2, 343.

(2) Voir la note de M. Weiss dans *Pandectes fr*, 06, I, 1. — Les arrêts qui ont décidé ces obligations pour les tiers datent d'une époque où il n'y avait pas d'exigences de publicité de la part de la jurisprudence pour faire porter à la connaissance des tiers la situation de ce bien.

quisition du bien saisi ou même de les consigner (1) ; d'autres arrêts obligent le créancier à prendre l'engagement de faire monter les enchères jusqu'à la somme suffisante pour désintéresser intégralement la femme de sa dot (2).

On n'a pas de peine à apercevoir les inconvénients d'un pareil système ; heureusement la cour de cassation dans ses derniers arrêts prend visiblement le parti des tiers ; son arrêt du 22 février 1905 (3) condamne toutes ces restrictions. Dans sa décision elle est approuvée par les auteurs (4). « Cet arrêt, dit M. Weiss, donne à la jurisprudence de la dot incluse ses bases et ses frontières définitives » (4). Il faut remarquer que la cour de cassation, bien avant, avait une tendance à ne pas approuver ces exigences (5), tandis que les cours d'appel ont poussé aux dernières limites les conséquences de l'idée de protection de la dot. La cour de cassation, en 1905, avait cassé un arrêt de la cour de Montpellier du 20 mai

(1) Montpellier, 18 févr. 1853, S., 53, 2, 673, D., 54, 2, 505 ; Bordeaux, 14 mai 1857, S., 57, 2, 547, D., 57, 2, 211.

(2) Grenoble, 11 juill. 1857, S., 57, 2, 549, D., 17, 2, 210 ; Agen, 13 août 1891, S., 93, 2, 97, D., 92, 2, 569 ; Caen, 8 juillet 1886, D., 67, 1, 317. *Adde*, Riom, 8 août 1893, D., 45, 2, 148 ; Grenoble, 1^{er} juill. 1846, D., 47, 4, 419.

(3) Cass., 22 fév. 1905, *Pand. fr.*, 06, I, 1.

(4) Voir M. Weiss, sous *Pand. fr.*, 06, I, 1 ; Labbé, note dans S., 93, 1, 5.

(5) Voir Cass., 12 avril 1870, D., 70, 1, 264, S., 70, 1, 185.

1904, qui s'était prononcé en faveur du droit de prélèvement pour la femme, mais exigeait en plus des obligations de la part des tiers pour le garantir. La cour de cassation maintient l'arrêt de Montpellier sur le premier point et ne le casse que pour les exigences qu'elle trouve iniques. « Cet immeuble représentant la dot mobilière, dit l'arrêt de la cour de cassation dans ses motifs (1), la femme peut, en cas de saisie, exercer sur le prix d'adjudication, par préférence à ses créanciers, un prélèvement jusqu'à concurrence du montant de sa créance ; mais ce droit ne saurait l'autoriser à exiger du poursuivant l'engagement de garantir le recouvrement de la dette dotale et de faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour en assurer le remboursement intégral ; aucun texte de la loi n'impose, en effet, au saisissant une semblable obligation qui serait de nature à paralyser l'exercice de son droit. »

En matière d'aliénation, la jurisprudence a été, dès les débuts, très sévère envers les acheteurs de ces biens paraphernaux qui renferment une valeur dotale. Le premier arrêt que nous citons sur la théorie, celui de la cour de cassation du 31 janvier 1842 (2), adoptant la solution de la cour d'Aix déclare que le

(1) Cass., arrêt précité du 22 février 1905, *Pand. fr.*, 06, I, 1.

(2) D., 42, 1, 61.

prix d'aliénation doit être payé effectivement, qu'il ne peut pas être compensé et que, s'il n'est pas payé, la femme pourra le *revendiquer* en conséquence de ce que « la dot mobilière ne peut jamais servir à payer la dette de la femme *constante matrimonio*, afin que les enfants retrouvent cette dot intacte à la dissolution du mariage » (1). Cette action en revendication, qui est comparable à une action en nullité (2), aboutira donc à faire revenir l'immeuble dans le patrimoine de la femme, sa dot se trouvera ainsi protégée. Pour les tiers, aujourd'hui (3), la situation de l'immeuble est portée à leur connaissance, de sorte que cette conséquence de la théorie ne peut leur nuire. La question qui se pose maintenant a été de savoir si le montant du prix doit être assez élevé pour remplir la femme de sa valeur dotale et si, dans le cas contraire, ce n'est pas sur la tête de l'acquéreur que pèsera l'obligation de payer la dot mobilière à la femme. Malgré l'apparence de logique que cette solution présente (4), il serait inique de pousser si loin les conséquences de l'idée de protection à la femme. La vente ne doit pas être soumise à des conditions de cette sorte, car si, par exemple, la chose

(1) Rapport de Troplong, recueilli dans D., 42, 1, 11.

(2) Voir la note de M. Lambert, *Pand.*, 96, I, 310 et notre thèse, p.

(3) Voir chapitre IV.

(4) Voir Regnault, *op. cit.*, p. 79.

diminue de valeur, elle doit pouvoir être opérée le plus vite pour éviter une trop grande diminution (1). Cependant un arrêt de la cour de Grenoble du 1^{er} juin 1897 (2) semble admettre cette solution que nous avons combattue.

Nous remarquerons, en matière de publicité, la même tendance des cours d'appel (3) de protéger la dot outre et contre l'intérêt des tiers ; leur seule préoccupation a été de protéger la femme, mais elles n'ont pas tenu compte que cette protection se retournait contre la femme, car son crédit se trouvait compromis. La cour de cassation en 1891, dans un arrêt du 3 juin (4), se prononce contre le système de la dot incluse pour d'autres motifs que ceux de publicité. Mais M. le conseiller Cotelle, dans son rapport, pose nettement la question de l'intérêt des tiers : « Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être invoquée contre les tiers qui ont contracté, de bonne foi, avec la femme, au moins faut-il, si l'on veut laisser aux transactions quelque degré de sûreté, que ces tiers aient eu les moyens de vérifier la condition privilégiée des biens qu'ils achetaient ».

(1) Huc, t. IX, article 1554, p. 539.

(2) D., 98, 2, 430.

(3) Bordeaux, 14 mars 1857, D., 57, 2, 547 ; Toulouse, 13 mars 1890, D., 90, 2, 343.

(4) Cass., 3 juin 1891, S., 93, 1, 5.

Malgré cette indication en faveur d'un moyen de publicité à l'égard des tiers, des cours d'appel ont continué à se prononcer sans tenir compte de la possibilité qu'avait l'acquéreur de connaître la situation du bien (1). La cour de cassation (2), en 1895, fixa définitivement la jurisprudence en complétant la théorie de la dot incluse par l'exigence d'une série de conditions de publicité tout à fait équitables. « Il en est autrement, dit l'arrêt dans ses motifs, lorsque, comme en matière de dévolution héréditaire, il n'existe pas de titre établissant, aux yeux des tiers, que les biens immobiliers transmis à la femme aient été en tout ou en partie affectés ou substitués à sa dot ».

Les deux arrêts que nous avons cités de la cour de cassation établissant des conditions moins onéreuses pour les tiers en matière de saisissabilité (3) et de publicité (4), posent les assises définitives à la théorie de la dot incluse.

(1) Toulouse, 27 juin 1892, S., 93, 2, 188.

(2) Cass., 20 novembre 1895, D., 96, 1, 313 et S., 96, 1, 72.

(3) Cass., 22 fév. 1905, *Pand. fr.*, 06, I, 1.

(4) Cass., 26 nov. 1895, précitée.

CHAPITRE II

• Analyse de la théorie.

Nous arrivons maintenant à la partie technique de notre théorie. Nous analyserons, dans le présent chapitre, les hypothèses où la jurisprudence a appliqué cette idée de représentation des valeurs dotales par des biens paraphernaux, et créé ainsi une troisième catégorie de biens de la femme mariée sous le régime dotal : des paraphernaux qui contiennent en eux la valeur d'une dot mobilière ayant conservé son caractère dotal (1).

Remarquons que, dans tous ces cas, il y a une valeur dotale composée de deniers dotaux qui passe dans le patrimoine de la femme, soit en vue d'un paiement ou d'une restitution, soit en vue — croyons-nous — d'un placement (2) que le mari fait de la dot,

(1) Voir la note de M. Planiol, sous Cass., ch. civ., 26 nov. 1895, D., 96, 1, 313.

(2) L'achat d'un immeuble, par le mari, au nom de la femme, sera considéré (voir plus loin), non comme une restitution, mais comme un placement, un simili-emploi.

placement qui présente des avantages, tant pour lui (car son obligation de restitution sera plus facile à exécuter) que pour la femme (car sa garantie sera plus efficace) ; le bien acquis par le mari au nom de sa femme sera frappé d'indisponibilité dans la limite de la valeur des deniers dotaux et cette indisponibilité est une garantie plus solide et plus efficace que l'hypothèque légale ordinaire.

Ajoutons que, dans tous ces cas, il y a absence complète de toute clause d'emploi ou de remploi dans le contrat de mariage, mettant le mari dans l'obligation d'employer les deniers dotaux ; par conséquent la subrogation n'est pas possible, le bien ne peut pas devenir dotal (art. 1553 code civil).

Dans toutes les hypothèses que nous examinons, M. Planiol (1) admet des solutions très simples, que nous allons voir, mais ce jurisconsulte ne porte pas assez d'intérêt à la constitution et au maintien de la dot. Il résout tous ces problèmes, ou bien en décidant que le bien doit appartenir au mari, ou bien, dans certains cas, qu'il doit être la propriété de la femme, mais alors comme paraphernal simple. Ni dans l'une ni dans l'autre solution de M. Planiol, les garanties qui assurent la restitution de la dot à la femme, ne sont suffisantes. L'idée de la jurisprudence est plus préservatrice : la théorie de l'inalién-

(1) M. Planiol, dans la note précitée.

nabilité de la dot mobilière en est la preuve et, par là même, dans le même courant d'idées, elle sert de point d'appui au système qu'elle a créé ensuite, de la dot incluse.

Nous n'aurons plus à nous occuper de l'article 1553 qui se prononce seulement sur la non-dotalité du bien, et qui paraît se dresser contre le principe même de cette jurisprudence ; nous avons répondu à cette critique et tâché d'expliquer le fondement même de l'idée de la jurisprudence dans les pages précédentes, nous ne nous attacherons à présent qu'aux critiques spéciales.

Dans cette analyse nous ferons une distinction bien marquée : dans une première partie nous étudierons les hypothèses qui se présentent après la séparation de biens entre les époux, et dans une deuxième partie nous examinerons les questions qui se posent avant l'intervention de cette séparation. Nous expliquerons également pourquoi nous avons choisi cette distinction qui repose sur une des critiques les plus acerbes qu'on adresse au système de la jurisprudence, pourquoi aussi nous avons préféré commencer d'abord par les cas postérieurs à la séparation de biens, disposition qui trouve son explication dans la suite chronologique des arrêts.

PREMIÈRE PARTIE.— Cas postérieurs à la séparation de biens.

En étudiant les cas où la théorie de la dot incluse a trouvé son application dans la jurisprudence, nous commencerons par examiner tout d'abord les hypothèses qui se présentent après la séparation de biens, non seulement parce que ces cas sont ceux où la théorie a été le moins violemment critiquée, où elle semble devoir trouver une juste consécration des principes antérieurement admis, mais aussi, en conséquence de cette même idée, le premier arrêt qu'on recueille sur la question dans la suite chronologique, celui de la cour de cassation req. du 31 janvier 1842, vise une hypothèse semblable (1).

La distinction entre ces deux sortes de cas, antérieurs et postérieurs à la séparation, n'est pas de pure forme. Certes, dans les deux situations, c'est une valeur paraphernale (nous supposons, pour plus de facilité, un immeuble) qui se trouve dans le patrimoine de la femme et qui est indisponible pour le montant des deniers dotaux qu'il contient. Dans les deux catégories d'hypothèses, cette mise de valeur dans le patrimoine de la femme a justement libéré quelqu'un de l'obligation de payer la dot. Mais la différence est grande entre elles. Dans le cas de dation en paiement

(1) Cass. req., 31 janv. 1842, D., 42, 1, 61, S., 42, 1, 110.

faite par le tiers constituant à la femme, par exemple, celui-ci est libéré ; mais, croyons-nous, le mari ne l'est pas, comme nous allons tâcher de le montrer dans la deuxième partie de ce chapitre. Quand, d'un autre côté, après la séparation de biens, le mari se libère du paiement de la dot en donnant un immeuble à sa femme, le mari s'est acquitté de son obligation de restituer la dot et la femme n'a plus aucun recours contre lui.

C'est avec plus de raison qu'il faut admettre, dans ce cas, la théorie de la représentation de la dot, pour garantir et protéger mieux encore sa valeur. La femme poursuivant le remboursement de cette valeur dotale manque de la garantie ordinaire de l'hypothèque légale. Après la séparation de biens, cette protection a plus de raison d'être. C'est pourquoi des auteurs, qui critiquent le système de la jurisprudence reconnaissent la licéité de cette application, ce qui est important à noter, car une idée une fois admise, pour être conséquent, il faut admettre aussi ses applications quand elles ne sont pas en conflit avec quelque texte impératif.

La jurisprudence a remarqué la situation de la femme qui reçoit de son mari un immeuble en paiement de sa dot. C'est le cas le plus fréquent qui se présente (1) ; la solution est d'ailleurs la même dans

(1) Cass. civ., 23 déc. 1839 ; Req., 31 janv. 1842, D., 42, 1, 61,

les cas analogues, par exemple : quand la femme se rend adjudicataire d'un immeuble du mari (1), ou bien quand elle fait une acquisition avec les deniers dotaux qu'elle a reçus (2). Très souvent les tribunaux ont eu à appliquer la théorie de la dot incluse pour des hypothèses de cette sorte. La séparation de biens sous le régime dotal se réduit, on le sait, à une simple restitution de la dot par le mari, à la femme (3). Le plus souvent, le mari fera la restitution en donnant à sa femme, pour la remplir de sa dot, un immeuble qui lui appartient. Cette opération non seulement est licite, mais elle a été expressément prévue par le législateur. L'article 1595, alinéa 3, vise, en effet, la cession d'un bien au mari « en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ». Le moyen est très commode et très fréquent.

L'immeuble ainsi donné tombe dans le patrimoine de la femme ; cela n'est pas douteux ; il représentera la valeur dotale. La jurisprudence le rend indisponible entre les mains de la femme jusqu'à la concurrence du montant de sa dot.

S., 42, 1, 110. Voir *Jur. gén., Contrat de mariage*, nos 3957 et suiv.; Req., 26 juil. 1869, D., 71, I, 69 ; Pau, 8 juin 1892, D., 94, 2, 315.

(1) Cass. civ., 12 avril 1870, D., 70, 1, 264 ; Montpellier, 21 juin 1871 ; D., 2, 175.

(2) Grenoble, 2 juill. 1857, S., 57, 2, 249.

(3) Planiol, *Traité de droit civil*, t. III, p. 294, n° 1623.

I

Pour étudier cette question, nous devons d'abord nous occuper du maintien du régime dotal et du fonctionnement de l'article 1553 après la séparation. C'est sur la solution de ces deux questions que se fondera le système de la jurisprudence. En effet, il ne peut pas être question de sauvegarder une valeur dotale s'il n'y a plus de régime dotal, par conséquent s'il n'y a plus de dot, et si même la dotalité continuait, la non-application de l'article 1553 conduirait à frapper de dotalité l'immeuble donné à la femme. L'application de la théorie de la dot incluse est donc conditionnée par la réponse affirmative à ces deux questions.

A. — *Le maintien du régime dotal après la séparation de biens et ses conséquences relatives à l'inaliénabilité de la dot.*

Le régime dotal continue à produire des effets même après la séparation ; la dualité des patrimoines dotal et paraphernal se maintient par opposition à l'effet produit par la séparation de biens sous le régime de la communauté ; car le régime dotal n'est lui-même qu'un régime de séparation de biens avec constitution de patrimoine dotal (1). La jurispru-

(1) Voir Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1523 et notre introduction.

dence est constante sur ce point: depuis 1819, il y a de nombreux arrêts (1) et les auteurs sont presque unanimes pour le maintien de la dotalité (2).

On ne peut citer en sens contraire que Delvincourt (3) et Toullier (4). Ils soutiennent que le renvoi de 1563 à 1443 rend applicable toutes les règles comprises dans cet article. A quoi on répond, avec raison, que le renvoi ne concerne que la forme ; quant aux droits de la femme, elle ne peut avoir plus de droits que le mari n'en avait, lui-même, avant la séparation.

La dotalité continuant à frapper le patrimoine dotal de la femme, voyons quelles seront les transformations de cette dotalité que la jurisprudence a déterminées et ses effets relatifs aux différents objets de ce patrimoine qui se trouve administré par la femme séparée.

1° Pour les *immeubles*, la question est simple : ils continuent à être inaliénables. L'article 1554 du code civil est général et, tel qu'il est conçu, il parle de l'inaliénabilité « pendant le mariage » ; or le mariage

(1) Cass. req., 19 août 1849, D., 49, 1, 503. Conf. Cass., 12 mars 1866, D., 66, 1, 19 et 178.

(2) Merlin, *Rép. v° Dot*, § 2, n° 3 *in fine* ; Troplong, *op. cit.*, t. IV, n° 3598 ; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, vol. III, n° 2496 ; Planiol, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) Delvincourt, *op. cit.*, t. III, n° 144.

(4) Toullier, *Droit civil français*, XIV, n° 253.

continue après la séparation de biens. La situation du bien est la même et l'aliénation faite par la femme antérieurement ne peut pas être ratifiée ; car on se trouve encore pendant le mariage. On peut remarquer toutefois la différence qu'a faite la jurisprudence entre les prescriptions acquisitives et extinctives ; la première seule pourra désormais courir contre la femme séparée (1).

2° Pour les *meubles*, on appliquera les principes de la jurisprudence concernant la dot mobilière. Celle-ci est inaliénable entre les mains de la femme, mais disponible pour le mari, grâce à son excessif pouvoir d'administration. Avant la séparation de biens, l'application de cette règle rendait le bien complètement libre, puisque le mari administrait ; la femme gardait sa créance garantie, par l'hypothèque qui seule était inaliénable. Mais la séparation de biens opère une restitution de la dot et en même temps un changement d'administrateur ; la femme remplace son mari dans l'administration ; les effets de l'inaliénabilité de la dot mobilière deviendront plus visibles (2).

(1) Sur l'application des art. 1560 et 1561 du code civil voir Cass., 4 juill. 1849, D., 49, 1, 330, S., 49, 1, 283.

(2) Planiol, *op. cit.*, III, n° 1627 ; Guillouard, *op. cit.*, IV, n° 2105. Voir Cass., 12 août 1846, D., 46, 1, 296, S., 46, 1, 602 et des citations dans D., 79, 1, 248, col. 1.

La jurisprudence présente à ce point de vue une contradiction (1) ; d'un côté, la dot mobilière est inaliénable entre les mains de la femme, et, d'un autre côté, elle donne à la femme les pouvoirs très étendus d'administration qu'avait le mari : c'est elle qui passera les baux, qui touchera les revenus et en donnera quittance. Elle recevra librement le paiement de sa dot et aura souvent des valeurs considérables à administrer. Il semble donc contradictoire de lui refuser l'aliénation des valeurs dotales mobilières qui pourront être minimes. M. Planiol (2) répond à cette objection en disant « qu'il y aurait danger pour elle à conserver la liberté de disposer de sa dot mobilière, alors qu'elle n'aurait de recours contre personne après l'avoir gaspillée, tandis que cette même liberté laissée au mari est moins dangereuse pour elle, puisqu'elle aurait un recours contre lui, garanti par l'hypothèque légale en cas de détournement ou de dissipation. De plus, ajoute-t-il, il y aurait inconséquence à autoriser une femme dotale à dissiper librement son mobilier, alors qu'on ne le permet pas à la femme commune en biens, qui a obtenu la séparation de biens ». C'est donc à raison d'une idée de protection pour la femme qu'on a admis cette solution.

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, *loc. cit.* Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 539, p. 318-319 et note 14.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. III, *loc. cit.*

B. — *L'application de l'article 1553 après la séparation de biens.*

Les hypothèses que nous allons étudier et qui sont censées se présenter avant la séparation de biens, sont toutes un moyen d'éviter, disent les uns, d'appliquer, dirons-nous (1), l'article 1553 du code civil, qui déclare non dotaux des immeubles acquis avec des deniers dotaux (al. 1), de même que celui qui a été donné en paiement de la dot constituée en argent (al. 2). Si nous admettions que l'article 1553 du code civil ne trouvât plus d'application après la séparation, il serait facile de trouver une solution tout à fait conforme aux principes que nous avons reconnus au patrimoine dotal ; l'immeuble ainsi acquis serait dotal et comme tel inaliénable. La femme aurait toutes les garanties.

Cette solution a été adoptée par certains arrêts plus anciens qui reconnaissent la dotalité de l'immeuble, même quand il n'y a pas de clause d'emploi. « L'on doit réputer dotal, disent ces arrêts, l'immeuble donné par le mari à sa femme après séparation de biens en paiement de sa dot constituée en argent, même quand il n'y a pas de stipulation d'emploi » (2). Dès lors l'article 1553 (al. 2) n'est plus applicable.

(1) Voir p. 48 et s.

(2) Rouen, 26 juin 1824, S., 25, 2, 19 ; Montpellier, 17 novem-

La même solution devra, dans ce cas, être donnée pour le mobilier cédé (1), et alors ces valeurs ne pourront pas être saisies par les créanciers de la femme séparée (2).

Dans le même sens concluent MM. Rodière et Pont (3), qui prétendent que décider le contraire c'est rendre la femme créancière de soi-même, de sa propre chose, ce qui est contraire au principe *Res mea nemini servit*. Pourquoi, se demandent-ils, les détériorations survenues à l'immeuble amoindrissent-elles la dot, tandis que l'accroissement de valeur ne saurait l'augmenter ?

Cette même solution est soutenue par Seriziat (4) : « L'immeuble, dit-il, suivra le même sort que la constitution dotale ; il sera aliénable comme elle et soumis aux rigueurs de l'inaliénabilité, suivant que la constitution appartient à l'un ou à l'autre de ces deux états ».

Mais depuis longtemps un grand nombre d'auteurs

bre 1830. S., 31, 2, 298. Dans ses motifs l'arrêt de Montpellier semble faire allusion à la notion de la subrogation réelle ; il fait la distinction entre la dation faite par un tiers et celle faite par le mari et dit en parlant de ce dernier : « ce qui a été payé à la femme prend nécessairement le caractère de ce qui lui est dû. »

(1) Rouen, 18 nov. 1846, D., 47, 4, 419, S., 47, 2, 423 (aff. Vieillot).

(2) Grenoble, 1^{er} juill. 1846 ; D., 47, 4, 419, S., 47, 2, 280.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 2497, p. 664.

(4) Seriziat, *op. cit.*, p. 127.

se sont élevés contre cette décision (1). L'immeuble ne peut pas être dotal, tant que le remploi ou l'emploi n'a pas été stipulé dans le contrat de mariage, car la dotalité ne peut être étendue en dehors des termes de la loi. L'article 1553 du code civil doit s'appliquer après la séparation comme avant à l'égard du mari comme à celui de la femme, parce que ses termes sont absolus (2), et qu'il renforce l'article 1395 du code civil pour empêcher les époux de changer la nature de la dot (3). Il n'y a pas davantage à faire de distinctions selon que la dation est faite par un tiers ou par le mari.

Aussi la jurisprudence est-elle fixée dans ce sens que l'immeuble n'est pas dotal. On peut citer un grand nombre de décisions depuis 1817 (4), pour la non dotalité de l'immeuble acquis par la femme, il

(1) Merlin, *Rép.*, v^o *Dot*, p. 10.; Tessier, t. I., p. 246 et note 410, p. 246.; Troplong, IV, n^o 3183; Aubry et Rau, V, § 539, p. 617.

(2) Planiol, *op. cit.*, vol. III, n^o 1620.

(3) Aubry et Rau, t. V, § 534 texte et note 10 p. 537; Rodière et Pont, *Traité*, 2^e éd., t. III, n^o 1680; Guillouard, t. IV, n^o 1739; Lecourtois et Surville, *op. cit.*, t. III, n^o 1578.

(4) Cass. req., 25 février 1817, S., 18, 1, 19, donné sous la coutume de Normandie; Cour royale Bordeaux, 5 février 1829, S., 29, 2, 183; Poitiers, 5 juillet 1839, S., 39, 2, 246; Aix, 21 mars 1839, D., 39, 2, 151; Cass. req., 31 janvier 1842, D., 42, 1, 61, S., 42, 1, 110; Riom, 8 août 1843, D., 45, 2, 148, S., 44, 2, 590; Cass., 20 février 1849, D., 49, 1, 87, S., 49, 1, 241; Montpellier, 21 février 1851 et 18 février 1853, D., 54, 2, 203, S., 53, 2, 673; Grenoble, 11 juillet 1857, D., 57, 2, 210; Bordeaux, 14 mai

en est de même quand ce sont des meubles (1).

Cette solution ne peut pas être ébranlée par une constitution de dotalité universelle. La jurisprudence est constante sur ce point (2) et les auteurs aussi (3).

La solution contraire de Dutruc (4) n'est pas soutenable. Des auteurs qui, comme Guillouard (5), soutiennent la paraphernalité libre du bien, déclarent cette solution applicable même dans le cas de constitution de dot pour les biens à venir, car cette clause ne peut rendre dotal qu'un bien provenu à la femme d'acquisition à titre gratuit : une succession, une donation ou tout autre titre équivalent ; les époux ne peuvent pas transformer les deniers dotaux en immeuble dotal sans clause d'emploi dans le contrat

1857, D., 57, 2, 211 ; Toulouse, 24 février 1860, S., 60, 2, 305 ; Caen, 27 décembre 1860, S., 61, 2, 284 ; Cass. req., 26 juillet 1865, D., 65, 1, 467 ; Cass. chambre civ., 12 avril 1870, D., 70, 1, 264, S., 70, 1, 185 ; Montpellier, 21 juin 1871, D., 71, 2, 175, S., 2, 88 ; Cass. chambre civ., 21 novembre 1871, D., 71, 1, 291, S., 71, 1, 115.

(1) Cass. req., 17 mai 1881, D., 82, 1, 110, S., 82, 1, 293 ; Cass., chambre civ., 27 février 1883, D., 84, 1, 29, S., 84, 1, 185.

(2) Voir, parmi les arrêts précités, ceux de Grenoble, 11 juill. 1857, D., 57, 2, 110 ; Cass., req., 26 juill. 1865, D., 65, 1, 1167.

(3) Voir notamment Aubry et Rau, t. II ; S., 534, texte et note 20, p. 539 ; Guillouard, t. II, n° 1741 ; Joutou, *op. cit.*, n° 83.

(4) Dutruc, *Sép. de biens*, p. 451, note 5. Voir aussi Rodière, sous Cass., 12 avril 1870, S., 70, 1, 185, note 1, 3, et Odier, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1192.

(5) Guillouard, *op. cit.*, IV, n° 1741.

de mariage, car ils feraient néanmoins échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Pour que cette subrogation soit possible, il faut la stipulation de la clause d'emploi, car il s'agit non d'augmentation mais de substitution aux valeurs dotales (2).

Concluons donc que l'immeuble ne sera pas dotal. Il ne le sera pas dans le cas où il sera donné en paiement de la dot par le mari, comme nous venons de le voir, ni quand il sera acquis par la femme avec des deniers dotaux (3), ni quand elle se porte adjudicataire sur un immeuble du mari (4). Car de même que l'article 1554 a été étendu, par la jurisprudence, des immeubles aux valeurs mobilières, de même l'article 1553, qui s'applique, nous avons vu, aussi après la séparation, doit être étendu également à ces mêmes valeurs. La raison de cet article est la même (5) : il ne faut pas admettre la possibilité d'augmenter ou de changer la nature de la dot « pendant le mariage ».

(1) Voir Brésillon, sous D., 66, 2, 1, en note.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 534, p. 539.

(3) Grenoble, 2 juillet 1857, D., 57, 2, 249.

(4) Montpellier, 21 juin 1871, D., 71, 2, 175.

(5) Regnault, thèse précitée, p. 158.

II

Le régime dotal continuant à exister après la séparation de biens, et l'article 1553 du code civil ne permettant pas que la dation faite à la femme en paiement de sa dot, ou l'acquisition par celle-ci d'un immeuble avec des deniers dotaux, rendent dotal l'immeuble ainsi acquis, nous nous demandons comment on doit protéger la femme et garantir sa dot.

Troplong (1) se prononce pour la libre disposition des deniers dotaux entre les mains de la femme dotale et, en conséquence, l'immeuble acquis en paiement de la dot sera pleinement saisissable par les créanciers de la femme ; celle-ci ne pourra pas prélever sur le prix le montant de sa dot (2). Cela ne peut s'expliquer que parce que ce jurisconsulte n'admet pas l'inaliénabilité de la dot mobilière, que la jurisprudence a consacrée. On doit au contraire renforcer cette inaliénabilité quand la dot mobilière se trouve entre les mains de la femme.

On a soutenu le même système en se fondant sur d'autres motifs. M. Guillouard (3) prétend que cet immeuble, ne pouvant être dotal, doit forcément être

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, nos 3189-3190.

(2) Voir aussi Marcadé, *Explication du code Nap.*, sous l'article 1553, n° 4.

(3) Guillouard, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 2088.

paraphernal ; il ne pourra être qu'un paraphernal ordinaire ; par conséquent les créanciers pourront le saisir, et la femme l'aliéner librement.

Ces systèmes ne peuvent pas être admis. M. Guilouard reconnaît lui-même que, dans le système qu'il préconise, la femme ne sera pas garantie, et il ajoute : « mais comme le système que nous combattons et qui paraît prévaloir en jurisprudence garantit l'inaliénabilité de la dot mobilière ainsi transformée, et que le nôtre ne la protège pas, nous ne sommes pas surpris de son succès ».

M. Regnault, dans sa remarquable thèse, quoique partisan de la théorie de la dot renfermée pour la période postérieure à la séparation de biens, trouve que « la jurisprudence n'a pas été conséquente avec elle-même lorsqu'elle autorise la femme séparée à recevoir le remboursement de ses deniers dotaux, sans être tenue d'en faire emploi ». Il fonde son opinion sur ce que le législateur, d'après certains arrêts (1), a entendu, en matière dotale, maintenir la jurisprudence antérieure des pays de droit écrit. Or, dans l'ancien droit, la femme ne pouvait recevoir les capitaux de sa dot que moyennant emploi (2) ; on

(1) Cass., 1^{er} février 1819, S., 19, 1, 146.

(2) Salviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, au mot *Dot*, n° IV ; Catelan, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, t. II, livre IV, ch. XXVI ; Julien, *Eléments de jurisprudence*, livre I, tit. IV, § 36 et 37 ; Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 348, note 550 ; Aubry et Rau, V, § 539, note 14 ; Planiol, III, nos 1619 et 1627.

considérerait comme dangereuse une dissipation de la part de la femme libre qui ne serait plus protégée par l'hypothèque légale. Mais comme M. Regnault reconnaît lui-même que l'article 1553 s'oppose à cette solution, cet article a pour but de ne pas obliger les époux à faire emploi que dans le cas où il y a une clause expresse dans le contrat de mariage. Et nous avons vu que cet article s'applique tout aussi bien avant qu'après une séparation de biens, sans distinction entre les deux époux (1).

La jurisprudence plus soucieuse des intérêts de la femme, conséquente avec sa théorie sur la dot mobilière, décide que ces paraphernaux contiennent la valeur indisponible de la dot mobilière à laquelle elle accorde toutes les conséquences de cette indisponibilité. Cette jurisprudence est approuvée par Devill (2) : « car si la dot mobilière en fait peut être aliénée par le mari, elle ne cesse pas en droit d'être inaliénable et ce principe doit recevoir application toutes les fois qu'il est possible ».

Cette protection mérite d'être accordée à la femme dotale séparée de biens non seulement pour les motifs que nous avons vus, à savoir qu'il faut garantir la dot quand les deniers sont en espèce comme lors-

(1) Cass., 21 mai 1867, D., 67, 1, 207, S., 68, 1, 452 ; Cass., 13 déc. 1864, D., 66, 1, 19, S., 66, 119.

(2) Devill, note dans S., 58, 1, 260.

qu'ils se trouvent représentés dans un immeuble, mais aussi pour des motifs particuliers à la situation spéciale de cette femme séparée.

Si la jurisprudence admet la représentation des biens dotaux par des paraphernaux dans les cas antérieurs à la séparation de biens, nous avons deux raisons de plus pour l'admettre dans la situation qui nous intéresse et qui est postérieure à cette séparation : a) On ne peut plus reprocher au système une atteinte à l'article 1395 du code civil ; car le mari est obligé de restituer la dot ; b) la garantie hypothécaire de la créance dotale n'existe plus ; la créance est éteinte par le fait de la restitution. La femme se trouve isolée, elle n'a plus de recours contre personne, les valeurs dotales qui sont à sa disposition doivent donc à plus forte raison être protégées. Les solutions données par ces auteurs, ne peuvent s'expliquer que d'une manière, nous l'avons déjà dit ; ils méconnaissent l'inaliénabilité de la dot mobilière admise par la jurisprudence.

Logique avec elle-même, la jurisprudence applique le système de la dot incluse toutes les fois que des valeurs dotales ont déterminé l'existence d'un immeuble dans le patrimoine de la femme avant comme après la séparation de biens, car l'article 1553 s'applique dans les deux cas sans distinction (1).

(1) Nous ne voulons parler, bien entendu, que de l'application d'un principe et non de la solution d'une espèce.

DEUXIÈME PARTIE. — Cas antérieurs à la séparation de biens.

La distinction que nous venons de faire, entre les hypothèses antérieures et postérieures à la séparation de biens, repose sur une des critiques les plus profondes qu'on adresse au système de la jurisprudence sur la représentation des biens dotaux par les parapher-naux. La dotalité incluse avant la séparation aboutit à une restitution anticipée de la dot pendant le mariage, ce qui est nul d'une façon absolue d'après l'article 1395 du code civil qui déclare les conventions matrimoniales immuables et cette défense est d'ordre public (1).

Nous verrons, dans l'examen de chaque hypothèse, ce qu'il faut penser du fait que la jurisprudence considère la créance de la femme comme éteinte. L'extinction de la créance de la femme aboutit, en effet, à une restitution anticipée de la dot et c'est ce qu'a décidé la jurisprudence. Nous analyserons ces hypothèses d'une manière différente.

1. — DATION EN PAIEMENT PAR LE CONSTITUANT (2).

Une femme est mariée sous le régime dotal ; dans son contrat de mariage la clause de remploi n'existe

(1) Req., 23 juin 1887, D., 87, 1, 449. Conf. Aubry et Rau, 4^e éd., t. V, § 503, p. 254 et s.

(2) La situation est absolument la même quand c'est un tiers qui a été grevé.

pas pour opérer la subrogation des valeurs dotales mobilières quand ces valeurs ont servi à l'achat d'un immeuble ou, hypothèse que nous étudions, quand l'immeuble a été donné en paiement de cette valeur. Si cette clause avait été stipulée, l'immeuble aurait été dotal dans les deux cas ; mais l'article 1553, alinéas 1 et 2, s'oppose à ce qu'il le devienne en l'absence de la clause d'emploi. Il en serait de même si l'acte d'acquisition de ce bien portait la mention qu'il servirait d'emploi aux deniers dotaux et que la femme ait déclaré accepter cet emploi (1).

La dation peut être faite : *a*) par le tiers constituant, par exemple un ascendant de la femme (art. 1406 c. civ.), ou un tiers étranger ayant constitué une dot en argent dont il veut se libérer en donnant un immeuble ; *b*) ou par le mari.

Le premier cas est le seul à étudier ; car c'est l'hypothèse même qui entre dans le champ d'application de notre théorie ; bornons-nous à dire quelques mots du second.

A. — *Dation en paiement faite à la femme par le mari.* — Le mari cède un de ses immeubles à sa femme pour lui tenir lieu des deniers dotaux dont il est débiteur. Nous supposons toujours qu'il n'y ait pas de clause d'emploi.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 534, note 25, p. 537 ; Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n° 1740.

La jurisprudence a décidé (1) que ce n'est pas une cause légitime de vente entre les époux et que par conséquent, l'article 1595, aliéna 2, ne serait pas applicable. Mais ce n'est pas seulement d'après les principes de la vente que l'opération doit être nulle, mais aussi d'après l'article 1395 qui établit l'immutabilité des conventions matrimoniales, car ce serait une renonciation anticipée à la dot et la femme doit pouvoir réclamer une seconde fois la dot à la dissolution du mariage (2).

Selon Laurent (3), l'opération serait licite, car, d'après lui, il ne faut pas assimiler la restitution de la dot sous le régime dotal et sous le régime de la communauté : « La jurisprudence n'admet pas que ce soit là une cause légitime de vente. Cela nous paraît douteux. Quand, sous le régime de la communauté, le mari touche des deniers propres, il en devient aussi propriétaire, il n'est pas débiteur actuel ; la reprise s'exerce à la dissolution de la communauté, et elle s'exerce sur la masse ; la femme n'a d'action contre le mari qu'en cas d'insuffisance des biens communs, tandis que, sous le régime dotal, le mari est débiteur de la dot, il est débiteur à terme, la créance est certaine, il n'y a donc pas analogie pour les deniers do-

(1) Cass., 11 juillet 1888 et 16 avril 1889, S., 88, 1, 408 et S., 90, 1, 22. Voir aussi Aubry et Rau, t. IV, § 351, note 24, p. 350.

(2) Cass., 28 novembre 1855, D., 56, 1, 319.

(3) Laurent, *Traité*, XXIV, n° 38.

taux ». Cette argumentation n'a pas été admise, nous avons vu, par la jurisprudence.

B. — *Dation faite par le tiers constituant.*— Nous devons faire ici encore une distinction car la dation peut être faite au mari ou à la femme.

1° *Dation faite au mari.*— Il n'y a aucune difficulté. La dation équivaut à un paiement et rend le mari propriétaire de l'immeuble, mais il devient d'autre part débiteur de la dot (1). Par conséquent, il est comptable envers la femme non de la valeur de l'immeuble mais de la somme qu'il représente dans la constitution dotale (2). La femme continue à avoir la créance dotale qui, d'après le droit commun, est inaliénable (3), et garantie par l'hypothèque légale. Sa situation se trouve, à ce point de vue, meilleure ; car l'assiette de son hypothèque aura augmenté de la valeur de l'immeuble reçu par le mari en paiement de la dot.

2° *Dation faite à la femme.* — Il en sera autrement si la dation, par le tiers constituant, est faite à la femme et acceptée par elle. L'immeuble appartient à

(1) Aubry et Rau, t. V, § 534, texte et note 22, p. 537.

(2) Aix, 15 mars 1895 (sous req., 1^{er} juillet 1896), D., 97, 1, 249 ; Aubry et Rau, t. V, § 534 et 537, texte a ; Guillouard, *op. cit.*, t. IV, nos 1743 et 1744.

(3) Cass., 4 août 1856, D., 56, 1, 355.

la femme et il sera paraphernal (1). C'est cette solution qui nous intéresse. Elle est donc doublement conditionnée : d'abord par l'absence de la clause rendant le remploi obligatoire ; et ensuite par la dation faite à la femme, acceptée avec le consentement de son mari, dation qui libère le constituant.

Cet immeuble appartient donc à la femme (2). Cependant M. Planiol (3) soutient qu'on « aurait dû décider que l'immeuble appartient au mari qui seul a qualité pour recevoir le paiement de la dot et qui doit devenir propriétaire des deniers dotaux. La dation à la femme équivaut à une novation dans l'objet de la dot, contraire aux stipulations immuables du contrat de mariage ». Mais rendre le mari propriétaire, c'est aller à l'encontre de la volonté des parties qui ont voulu faire passer l'acquisition sur la tête de la femme puisque c'est à elle que la dation est adressée par hypothèse. Supposons que la valeur de l'immeuble soit plus grande que la valeur dotale, — ce qui peut arriver très fréquemment, — le mari ne devrait devenir propriétaire que jusqu'à la concurrence du montant de la dot, le surplus, dans la volonté du constituant, a été

(1) Aubry et Rau, t. V, § 534, texte et note 23, p. 537 ; Guillouard, t. IV, n° 1744 *in fine*.

(2) Pau, 8 juin 1892, D., 94, 2, 315 ; Cass., 22 février 1905, D., 05, 1, 241.

(3) Note précitée de M. Planiol dans D., 96, 1, 313.

destiné à la femme ; il a voulu s'acquitter de sa dette dotale et faire une donation à la femme. Il faut tenir compte de sa volonté. On retomberait ainsi dans une nouvelle théorie d'une valeur paraphernale comprise dans un bien qui appartient au mari !

Le mari doit seul exercer les actions dotales (art. 1549, alinéa 1) : mais c'est exercer l'action dotale que d'acquiescer à cette dation entre les mains de la femme. Certes, il avait le droit de toucher lui-même ces deniers dotaux ; il consent à un arrangement ; c'est comme s'il avait accepté un autre débiteur. Un immeuble sera donné à la femme et le tiers débiteur de la dot sera libéré. Il n'y a pas une novation qui soit contraire à l'article 1395 ; car l'objet de la dot reste le même. L'indisponibilité du bien dans la limite de la valeur dotale permettra au mari ou à la femme, suivant le moment où l'on se place, de prélever la valeur de la dot sur le prix de cet immeuble. Ce qui intéressait le mari, ce n'est pas autre chose que la valeur de ce qu'on avait promis. On lui devait 100.000 francs, il aurait accepté une maison qui aurait valu autant. Mais le tiers constituant n'a pas voulu faire ainsi. Il était propriétaire d'une maison qui valait 150.000 francs, il l'a donnée à sa fille, par exemple, et il veut s'acquitter en même temps de sa dette dotale. Le mari consent à ce paiement et donne l'autorisation nécessaire. Une chose est certaine : le tiers

débiteur s'est acquitté. Il reste à régler les rapports entre les époux.

Occupons-nous tout d'abord de la situation des époux relativement à la restitution de cette partie de la dot. Nous croyons que la solution la meilleure serait de ne pas éteindre l'obligation du mari de restituer la dot, d'abord parce que cette extinction ne doit survenir qu'à la fin du mariage ou lors de la séparation de biens (1), ensuite parce qu'il faut appliquer, croyons-nous, à cette valeur dotale les articles 1560, al. 1 et 2 combinés, pour accorder au mari, en cas d'aliénation ou de saisie, le droit d'opposer l'indisponibilité.

L'opération ainsi analysée présente des avantages pour le mari. Le maintien de la créance de la femme est purement virtuel ; la femme ne pourra pas l'exercer pendant le mariage. Si le mari avait acquis des deniers dotaux, il en aurait eu la propriété et un placement fait avec eux l'aurait rendu titulaire du droit acquis. L'acquisition de l'immeuble au nom de la femme rend la valeur dotale indisponible et garantit, par conséquent, mieux la restitution dans les limites de cette valeur ; tandis que si le bien lui avait appartenu, ses créanciers personnels auraient pu exercer une saisie sur lui. Et les créanciers ne peu-

(1) Nous supposons que la dation a lieu avant la séparation de biens, c'est seulement dans ce cas que cette extinction de la créance se heurterait à ce principe.

vent pas se plaindre de cette intention du mari parce que c'est une valeur dotale et que sa constitution aura été portée à leur connaissance, — comme nous le verrons dans le chapitre IV — par une certaine publicité qui a été exigée par la jurisprudence.

De plus, le mari aura l'avantage de se voir faciliter le paiement. Dans le système que nous exposons, la femme exercera sa créance dotale à la fin du mariage ou à l'occasion de la séparation de biens, et le mari s'exécutera sans rien déboursier (1). L'indisponibilité du bien dans les limites des deniers dotaux inclus, aura garanti la restitution, bien mieux qu'une hypothèque légale souvent illusoire.

La jurisprudence (2) a cependant décidé que la créance de la femme serait éteinte. Peut-être se fonde-t-elle sur ce que la théorie de la dot renfermée trouve son principe dans l'inaliénabilité de la dot mobilière entre les mains de la femme et que la condition de l'indisponibilité de la valeur de la dot incluse est que ces deniers se trouvassent dans le patrimoine de celle-ci. Nous avons répondu déjà à cette objection, en assignant à notre théorie un autre

(1) Cela bien entendu quand l'inclusion aura duré jusqu'à la fin. Si le bien a été aliéné ou saisi sur son prix, le mari prélèvera le montant de sa dot et il deviendra propriétaire de cette valeur mobilière, de ces derniers

(2) Voir les arrêts précités de Pau, 8 juin 1892 et de Cass., 22 février 1903, les seuls en cette matière.

fondement. Le mari ne perd pas les droits qu'il doit avoir sur la dot ; car la jurisprudence lui accorde un droit de jouissance sur l'immeuble qui contient la valeur de la dot. De plus, la volonté des parties n'a pas été en ce sens, croyons-nous ; on a voulu simplement exonérer le tiers débiteur de la dot. Le constituant a, en effet, voulu faire une double opération : *un paiement et une donation*. Si on avait décidé que le bien devait appartenir au mari, ç'aurait été contre la volonté des parties ; si on avait décidé qu'il aurait dû être un paraphernal simple de la femme, la sauvegarde de la dot n'aurait pas pu être réalisée suffisamment.

La jurisprudence décide donc, d'abord, que cet immeuble appartient à la femme, et comme il représente une valeur dotale, il est inaliénable en ce sens que la femme ne peut ni renoncer à cette valeur ni l'affecter au paiement des engagements par elle contractés pendant le mariage (1).

La conséquence de cette idée c'est que la femme devra renoncer à la jouissance de ce paraphernal, dans la limite de la dot, en faveur du mari. Nous retrouverons l'objection à laquelle se heurte cette situation, quand nous parlerons des conséquences du système. Remarquons toutefois qu'en pratique les

(1) Voir les arrêts précités. Conf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, note et texte 29, p. 538. *Contrà*, Guillouard, t. IV, n° 1742.

choses se passent bien plus simplement ; car dans la plus grande partie des cas, le mari administre les biens paraphernaux de la femme ; dans cette situation spéciale elle aurait mauvaise grâce à lui refuser cette jouissance, libre à elle, en fin de compte, de demander qu'une partie des revenus, équivalente à la valeur paraphernale — s'il y en a — lui soit rendue. Cela n'est pas contraire au principe que les biens paraphernaux doivent être administrés par la femme ; comme on l'a remarqué avec raison, ce sont des paraphernaux spéciaux, et nous avons vu quelles étaient les raisons qui ont déterminé la jurisprudence à les distinguer.

Nous concluons donc que la solution de la jurisprudence, avec cette restriction toute théorique de la non extinction de la créance dotale de la femme, présente de réels avantages. Pour peu que l'on admette l'idée de représentation, comme conséquence de cette autre idée du maintien du patrimoine dotal, on ne peut pas reculer devant cette solution.

II. — ACQUISITION AU NOM DE LA FEMME AVEC DES DENIERS DOTAUX.

Cette hypothèse ressemble à la précédente. C'est également un immeuble qui tombe dans le patrimoine de la femme ; mais cette opération, au lieu de se réduire à un paiement de la dot, peut être analysée par une quasi-subrogation que l'article 1553

ne défend pas (voir p. 8 et s.), un simili-emploi, disons même un placement des deniers dotaux.

Pour plus de facilité, nous considérons que l'objet de l'acquisition est un immeuble, mais il se peut très bien que ce soit des valeurs mobilières, par exemple des titres, des rentes de l'Etat, etc. (1).

Il faut encore considérer que le remploi ou l'emploi ne peut pas produire son effet, soit parce que le contrat de mariage ne contenait pas de clause opérant la subrogation légale, soit parce que les conditions exigées par les articles 1434 et 1435 n'ont pas été remplies. Dans le premier cas, si le contrat de mariage eût prévu le remploi ou l'emploi, l'immeuble acheté avec les deniers dotaux aurait été dotal lui-même, par l'application de l'article 1553, alinéa 1^{er}. Il faut en outre que les conditions de forme du remploi aient été remplies, ou que l'aliénation ait été faite d'une manière régulière et dans les cas permis par la loi. Si on n'a pas accompli ces exigences — dans le deuxième cas que nous avons prévu — la jurisprudence (2) décide que la dotalité du premier immeuble vendu persiste et, par conséquent, la vente intervenue relativement à cet immeuble dotal sera

(1) Voir sur ce point, Rouen, 18 novembre 1846, D., 47, 4, 419; Rennes, 4 mars 1880, D., 81, 2, 210; Civ. rej., 27 février 1883, D., 84, 1, 30; Paris, 31 janvier 1898, D., 98, 2, 83.

(2) Cass., 16 mars 1897, D., 98, 1, 81, S., 97, 1, 265; Grenoble, 1^{er} juin 1897, D., 98, 2, 430.

nulle. « Ce qui est dotal, c'est le bien aliéné qui a été indûment vendu et l'on ne peut pas transporter la dotalité à l'immeuble nouvellement acquis par la femme ... L'aliénation ne modifie pas la composition de son patrimoine dotal » (1). Donc le premier immeuble, avec son caractère dotal, va se retrouver.

Il n'y a pas de clause d'emploi ou de remploi obligatoire pour le mari ; celui-ci pourra faire l'acquisition en son nom personnel ou pour le compte de sa femme.

Dans la première situation, l'immeuble étant acheté par le mari, la solution ne souffre pas de difficulté. Les deniers dotaux sont la propriété du mari ; en conséquence de ses pouvoirs très larges d'administrateur, l'acquisition qu'il fera de ces deniers sera également sa propriété. La situation de la femme ne change pas, elle persiste à être créancière de sa dot, et par là elle ne peut pas nuire à la libre disposition des deniers dont son mari a la propriété. On peut toutefois remarquer que sa situation de créancière, bénéficiant d'une hypothèque légale, se trouve améliorée ; le patrimoine de son mari s'étant accru, l'assiette de son hypothèque devient plus étendue.

La solution est plus discutée quand l'acquisition est faite au nom de la femme ; dans ce cas, il semblerait que la question ne doive pas être controver-

(1) Planiol, *op. cit.*, III, n° 1496.

sée : l'immeuble acquis appartiendrait à la femme.

L'immeuble doit appartenir à la femme et, d'après nous, cela ne doit pas plus faire de doute que dans le cas où il a été acheté avec des deniers extra-dotaux, pourvu que le mari ait agi au nom de la femme, comme mandataire ou gérant d'affaire.

Nous ne croyons pas que les époux aient voulu faire « un emploi de la dot, et substitué le bien acquis à la créance en reprise de la femme » (1). Ce n'est pas un emploi au sens technique du mot ; car l'immeuble acquis n'est pas dotal : l'article 1553 du code civil le dit expressément. Mais l'opération que nous analysons n'en diffère pas beaucoup, nous l'appellerons *un simili-emploi*, un acte de prévoyance de la part des époux, dans l'intérêt de tous les deux. Elle n'est pas contraire à l'article 1395 du code civil (2), car nous ne croyons pas — nous l'avons vu en examinant l'hypothèse précédente — que cette opération libère le mari, avant le terme normal, de l'obligation de payer la dot. D'un autre côté, l'objection qu'on peut tirer de l'article 1553 du code civil tombe dès qu'on aperçoit que cet article s'oppose à ce que l'immeuble ainsi acquis devienne dotal, mais qu'il ne tranche pas la question de propriété (3) ; bien

(1) Regnault, thèse précitée, p. 121.

(2) Regnault, thèse précitée, *loc. cit.*

(3) Voir Cass. req., 19 décembre 1871, S., 71, 1, 192.

plus, nous avons vu que cet article ne s'oppose pas du tout à la notion de subrogation qui est le principe même de la dot incluse. L'immeuble peut donc appartenir à la femme et il ne pourra lui appartenir qu'à titre paraphernal.

M. Planiol (1) s'appuie sur la non possibilité de restituer la dot avant le terme, pour décider que l'immeuble doit appartenir au mari : « La clause, dit-il, qui désigne la femme comme acquéreur, est nulle, parce qu'elle équivaut à une restitution anticipée et amiable de la dot, dans un cas où il n'y a aucune cause légale qui justifie cette restitution ; c'est comme si le mari avait rendu l'argent de la dot à sa femme, pour que celle-ci l'employât à son gré ». Nous avons répondu déjà à cette objection : la dot ne sera pas restituée et l'obligation du mari persistera avec la faculté d'acquittement que nous avons prévue.

La jurisprudence est constante sur la question de savoir à qui appartiendra l'immeuble acheté par le mari au nom de la femme, avec des deniers dotaux. L'arrêt de la cour de cassation, chambre des requêtes, du 19 décembre 1871 (2), est conforme aux solutions antérieures (3) et la doctrine est presque unanimement de cet avis (4).

(1) Note de M. Planiol sous D., 96, 1, 314.

(2) S., 71, 1, 92.

(3) Voir l'arrêt de Caen, 8 août 1868, S., 70, 2, 116.

(4) Voir Aubry et Rau, t. IV, § 531, texte et note 2, p. 431 ; Rodière et Pont, *Traité du mariage*, t. III, n° 2074.

Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux du 24 janvier 1870 (1), rendu en matière d'adjudication, qui présente une solution analogue avec celle de M. Planiol (2) ; seulement, comme nous le verrons plus loin, les raisons sur lesquelles se fonde la cour de Bordeaux ne sont pas les mêmes que celles données par M. Planiol. L'immeuble acquis par le mari n'est pas soumis, par M. Planiol, comme par M. Regnault, à la dotalité des biens présents et à venir.

L'espèce de la cour de Bordeaux était la suivante : une femme qui s'était constituée en dot ses biens présents et à venir avait acheté, avec des deniers dotaux, qui appartiennent par conséquent au mari, un immeuble qui est saisi sur la demande des créanciers du mari. La cour de Bordeaux déclare la saisie valable ; car l'immeuble doit appartenir au mari. Elle donne pour raison l'impossibilité pour la femme qui a constitué en dot ses biens présents et à venir d'avoir des biens extra-dotaux. « La femme, dit l'arrêt, mariée sous le régime dotal, ne doit pas être considérée comme incapable d'acquérir, elle est néan-

(1) Cour de Bordeaux, 24 janvier 1870, S., 71, 2, 192.

(2) M. Regnault, dans sa thèse précitée, est du même avis. « La décision devrait être la même au cas où, la femme ayant des paraphernaux, il serait prouvé que l'acquisition a été faite au moyen des deniers dotaux et que le mari a entendu se libérer aussi de la dot à l'égard de la femme ».

moins dans l'impossibilité de le faire, lorsqu'elle n'a pas de biens extra-dotaux et que tous ceux qu'elle possède ont été confiés à son mari, qui en a l'administration et la jouissance ; que cette impuissance est encore plus absolue lorsque la dot est constituée par une somme d'argent dont le mari devient propriétaire ; que si, dans une telle situation cependant, la femme a acheté, elle est censée avoir acheté avec des deniers appartenant au mari et pour lui ; qu'il suit de ces principes que le mari est propriétaire de l'immeuble acquis par la femme dotale pendant le mariage ». L'arrêt ajoute que, si on décidait le contraire, on ouvrirait la porte à tous les abus que les époux peuvent faire en employant la forme de la vente pour se faire des donations irrévocables, ce qui serait contraire à l'article 1096 du code civil.

Cette décision de la cour de Bordeaux se présentant devant la cour de cassation a été cassée par celle-ci, dans un arrêt de la chambre des requêtes du 19 décembre 1871 (1). Cet arrêt est intéressant non seulement pour la solution qu'il donne, mais aussi pour ses motifs, où il fait une équitable application des principes généraux du droit. La femme avait acheté pour elle-même, et cela était expressément dit dans l'acte de vente ; de plus et en principe, on a décidé que la femme dotale, même ayant constitué en

(1) Cass. req., 19 décembre 1871, S., 71, 1, 192,

dot les biens présents et les biens à venir, peut acquérir personnellement à titre onéreux.

Cette solution, d'ailleurs, est admise sans difficulté par la jurisprudence et elle est approuvée par la doctrine (1) : le bien doit appartenir à celui au nom duquel l'opération a été faite, quelle que soit l'origine des deniers employés au paiement du prix. Il n'en doit être autrement qu'en cas de simulation ou de fraude. Cela est conforme à l'article 1594 qui déclare toute personne capable d'acheter et de vendre, sauf les cas prohibés par la loi. L'incapacité étant l'exception et la loi ne parlant nulle part de cette défense faite à la femme mariée sous le régime dotal, l'acquisition peut tomber sur sa tête. La propriété doit appartenir à celui au nom duquel l'acquisition a été faite et non à celui qui fournit les fonds. C'est d'ailleurs l'application des principes du droit commun, principes qui ne doivent pas être ébranlés parce que le pacte matrimonial établissait une dotalité de biens à venir : car cette clause n'équivaut pas à une incapacité contractuelle de la femme mariée.

La cour de cassation ajoute dans ses motifs, pour réfuter l'objection tirée de l'article 1553, que « si l'article 1553 du code civil refuse le caractère dotal à l'immeuble acquis par la femme avec des deniers non

(1) Tessier, *op. cit.*, t. I, XLVIII, texte et note 396, p. 233 ; Guillaouard, t. IV, n° 1741 et 1742 ; Aubry et Rau, t. V, § 534, p. 538.

sujets à emploi, il ne lui enlève pas le caractère d'un bien propre à la femme quand l'achat a été fait en son nom. *Cet article tranche une question de dotabilité et non de propriété.* »

L'arrêt ne répond pas à l'objection qu'on tire de l'article 1395 ; on prétend que cet immeuble « ne pouvait passer sur la tête de la femme qu'en lui rendant sa dot, ce qui n'est pas permis tant qu'une séparation judiciaire n'est pas intervenue » (1). Nous avons précédemment répondu à cette objection en analysant ce fait autrement que ces auteurs.

Nous ne croyons pas davantage que l'intention des parties eût été de faire un prêt : le mari aurait prêté des deniers lui appartenant à sa femme et la femme aurait acquis un immeuble avec ces deniers. Le Courtois et Surville (2) présentent cette solution et admettent en conséquence la possibilité pour le mari d'exiger les intérêts du capital ou, ce qui revient au même, de lui abandonner la jouissance de l'immeuble. Mais pourquoi analyser l'opération de la sorte ? Il y aurait peut-être des hypothèses où l'intention des parties aboutirait à ce résultat ; mais dans notre cas cela n'est pas. De plus, l'obligation pour la femme de payer les intérêts ne pourrait avoir son fondement que dans une convention spéciale d'intérêt, ce que les époux n'ont certainement pas fait.

(1) Regnault, thèse, p. 122.

(2) Le Courtois et Surville, *op. cit.*, p. 642.

Examinons maintenant quelle sera la situation de ce bien qui doit appartenir à la femme. Disons tout de suite que l'immeuble ne peut pas être dotal ; c'est un paraphernal. Mais avant de lui appliquer, avec la jurisprudence, cette théorie de la dot incluse qui le range dans une catégorie spéciale de paraphernaux, étudions rapidement une très ancienne jurisprudence qui s'était déclarée en faveur de la dotalité.

Un ancien arrêt de la cour de Bordeaux de 1817 déclare l'article 1553 inapplicable, et se prononce en faveur de la dotalité de l'immeuble. Il suit sur ce point les règles de l'ancien droit, d'après lesquelles la déclaration d'emploi faite dans l'acte d'acquisition suffit pour échapper à l'article 1553 et par conséquent frappe de dotalité le bien ainsi acquis.

Cette solution n'a pas été maintenue ; les arrêts postérieurs se sont montrés plus soucieux de respecter la lettre de l'article 1553 et en même temps de faire une plus équitable application de l'article 1395. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de cassation du 12 avril 1870 (1) a décidé que l'article 1553 est applicable même dans les constitutions des biens à venir. Le seul fait que l'immeuble se trouve dans le patrimoine de la femme ne doit pas décider de sa dota-

(1) Cass., 12 avril 1870, D., 70, 1, 262, qui a cassé l'arrêt de la cour de Toulouse du 17 décembre 1868 (D., 69, 2, 1) qui avait décidé le contraire. Conf. la note de M. Brésillon, qui accompagne ce dernier arrêt.

lité (1). Le motif qu'on en donne est que le code civil dans l'article 1553 a voulu renforcer l'immutabilité des conventions matrimoniales énoncée dans l'article 1395 et que ce principe ne doit pas fléchir en cas de constitution de biens à venir. La doctrine contraire, qui triomphait en droit romain et dans l'ancien droit français, se trouve défendue dans un traité de Dutruc (2). Il faut ajouter à ce motif l'énonciation générale de l'article 1553 qui ne fait aucune distinction. En cas de constitution de biens à venir, la dotalité frappe les biens qui s'ajoutent à la dot et non ceux qui la remplacent (3) ; à ces derniers biens, il n'y a que l'emploi ou le remploi lorsqu'ils sont rendus possibles, qui pourraient leur accorder la dotalité.

Si on ne tenait pas compte de l'idée de la jurisprudence relativement à la théorie de la dot incluse, on pourrait décider, d'accord avec l'article 1553 du code civil, que l'immeuble est nécessairement paraphernal ordinaire. Ce système paraît avoir la préfé-

(1) Nous avons vu que cela est possible; l'arrêt de la cour de cassation, req., du 31 janvier 1842 (D., 42, 1, 61) décide que la femme dotale qui a constitué en dot ses biens présents et à venir peut posséder des biens extra-dotaux. Il y a toutefois une solution contraire (Cour de Grenoble, 17 juillet 1846, D., 47, 4, 419)

(2) Dutruc, *Traité de la séparation de biens judiciaire*, n° 454, note 5; Troplong, *op. cit.*, tome IV, n° 3182. Voir Cass. req., 23 août 1832, D., 32, 1, 389.

(3) Brésillon, note sous Toulouse, 17 décembre 1868, D., 69, 2, 1.

rence de certains auteurs (1). Mais en appliquant simplement les principes du régime dotal que nous venons de rappeler, on aboutirait à priver le mari de tout revenu que pourrait produire ce capital *qui est dotal* et qui a servi à l'acquisition de la femme. Le paiement fait avec ces deniers ne doit pas avoir pour effet de détruire la dot entre les mains du mari (1). Le mari aura droit à la jouissance de ce bien, dit-on, et cette jouissance, basée sur les stipulations du contrat de mariage, doit se faire à titre de dot et non à titre de prêt. « La créance d'intérêts constituera désormais la dot de la femme, dit M. Colmet de Santerre, et avec ces intérêts le mari subviendra aux dépenses du ménage ; la convention matrimoniale n'aura pas reçu atteinte » (2).

Mais alors pourquoi ne pas dire franchement que cet immeuble représente une valeur dotale dont la jouissance doit bénéficier au mari ?

C'est ce qu'a décidé la jurisprudence (3).

L'immeuble n'est pas un paraphernal libre, ordinaire, il représente, dans les limites des deniers dotaux qui ont servi à son acquisition, une valeur do-

(1) Jouisou, *Etude sur le système du régime dotal*, t. I, n° 92 ; Guillaud, *op. cit.*, t. IV, n° 1742. Voir aussi Auzou, *De la transformation de la dot*, thèse, 1886, p. 107.

(2) Colmet de Santerre, *Cours de droit civil*, art. 1553, n° 225 bis, t. V, p. 489.

(3) Voir les arrêts cités ci-dessus.

tales indisponibles avec toutes les conséquences d'inaliénabilité, d'incessibilité et de jouissance pour le mari que ce caractère dotal comporte. Dans ces limites, il suit le régime du bien dotal (1).

Notons pour terminer que cette solution a été prévue par Tessier (2) et qu'elle est défendue dans la doctrine par de nombreux auteurs (3).

III. — LA FEMME SUCCÈDE AU CONSTITUANT QUI N'A PAS PAYÉ LA DOT.

Nous allons examiner soigneusement les données de l'hypothèse, avant d'arriver à la solution de la jurisprudence. On suppose une constitution de dot mobilière, en argent. Le constituant ne s'est pas acquitté de sa dette, soit parce qu'il était convenu que la créance ne prendrait naissance qu'à sa mort, et que dans ce cas, elle grèverait la succession, soit parce que — exigible immédiatement — le constituant est mort sans en avoir effectué le paiement. Dans les deux cas, le mari n'est pas payé ; la valeur de la dot qu'on lui a promise n'a pas été versée entre ses mains. Nous aurons à nous poser deux questions : Qu'est

(1) Caen, 18 juillet 1866, S., 67, 2, 317.

(2) Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 238. Conf. notre partie historique, p. 39.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, p. 538. Conf. Colmet de Santerre, *op. cit.*, 1553, p. 444.

devenue la créance du mari ? Où va-t-on retrouver la dot ?

En répondant à la première question, nous parlerons du maintien de cette créance entre les mains du mari, et alors la deuxième question ne semblerait plus devoir se poser ; mais pratiquement les choses se passent d'une manière différente et les tribunaux ont eu souvent à se prononcer sur le problème posé sous cette forme pratique.

Nous disons donc que le mari n'est pas payé et nous nous demandons ce que sera devenue sa créance en paiement de la dot. Faisant l'application des principes généraux, on décidera que le mari devra intenter l'action pour exiger l'acquittement, car c'est lui qui a l'exercice des actions dotales (art. 1549 code civil), comme une conséquence de son droit exorbitant d'administration : le mari est le représentant de la femme en tout ce qui concerne la dot et le premier acte qu'il doit accomplir relativement à celle-ci est naturellement l'action en paiement quand la dot ne lui a pas été payée. La créance devra être exercée contre les héritiers du constituant, d'après les usages de droit commun. Il ne reste plus à la femme, en compensation de ce droit du mari, qu'une créance dotale qui sera exigible à la dissolution du mariage ou au moment de la séparation de biens et que la loi garantit par une hypothèque légale d'un caractère

particulier qui fait passer la femme avant tout autre créancier postérieur, à la date du jour du mariage (art. 2135, al. 2, du code civil). La doctrine se prononce en faveur de l'existence de cette créance (1) ; le mari, d'après ce que nous avons supposé, est créancier d'une somme d'argent, somme qui, ayant le caractère dotal, se trouve administrée par le mari ; celui-ci aura donc « un droit personnel et incontestable à obtenir le paiement » (2).

Le mari pourra, sans aucun doute, poursuivre cette créance ; il aurait certainement pu le faire du vivant du constituant, en saisissant, par exemple, un immeuble de son patrimoine pour se faire payer. Si le constituant est mort sans payer, il pourra poursuivre ses héritiers. Il n'est donc pas douteux que si la femme est la seule héritière du constituant (comme nous le supposons pour plus de facilité), la dette entre, avec tout l'actif, dans son patrimoine. Cette solution est indépendante du caractère général ou partiel de la constitution de la dot. L'immeuble (3) qui aurait dû devenir dotal d'après le contrat de mariage entre dans le patrimoine de la femme grevé d'une dette et

(1) M. Bartin, *Les actions dotales*, p. 3.

(2) *Idem*.

(3) Nous supposons un immeuble pour faciliter le jeu de la théorie de la jurisprudence, mais rien n'empêche que ce soit une universalité.

par conséquent devient aliénable et saisissable pour payer cette dette (1).

Il y a, il est vrai, un arrêt de la cour de Riom, très ancien (car il date de 1809) qui décide le contraire (2). « Le mari, dit la cour dans son dispositif, à qui une dot en argent a été promise, ne peut, pour en obtenir le paiement, faire vendre les immeubles de son épouse devenue héritière du constituant ». La créance du mari a été en quelque sorte novée par la cour de Riom : « dans ce cas particulier, le mari n'a d'autre droit que de réclamer contre sa femme l'intérêt légal du montant de la dot qui lui fut constituée, ou de la contraindre au délaissement d'un usufruit d'immeuble suffisant pour produire ce même intérêt ». Non seulement dans sa décision cet arrêt doit être combattu mais aussi dans les motifs qu'il donne. « Il serait inconvenant et contraire à tous les principes que, tenu à la conservation des biens de sa femme, le mari pût les faire vendre pour parvenir à se faire payer d'une dot dont il n'a que l'usufruit et que lui et ses héritiers doivent restituer à la dissolution du mariage. »

Cet arrêt est critiqué par les auteurs (3) et nous allons trouver dans la jurisprudence postérieure des indices qui nous permettront de supposer qu'elle

(1) Conf. l'article 1558, alinéa 4, et Limoges, 21 mars 1888, D., 89, 2, 111, S., 89, 2, 166.

(2) Cour de Riom, 13 février 1809, S., 10, 72.

(3) Voir M. Bartin, *op. cit.*, *loc. cit.*

n'aurait pas été maintenue, et que l'on admettrait la possibilité pour le mari d'intenter l'action en paiement de la dot non seulement contre le premier créancier, le constituant, mais aussi contre la femme, héritière, si elle est seule, ou contre tous les héritiers, si la femme vient en concours. Les principes du droit commun doivent s'appliquer ; c'est ainsi que la délimitation de l'obligation des héritiers se fera *intra vires successionis* ou *extra vires*, selon que l'acceptation aura eu lieu avec ou sans bénéfice d'inventaire.

Comme on l'a fait remarquer (1), le mari, ayant acquis aujourd'hui la possibilité d'aliéner la créance dotale, pourrait éviter cette solution de la jurisprudence ; car il ne lui resterait qu'à aliéner la créance et le tiers acquéreur obtiendrait le paiement sans obstacle.

D'ailleurs, si l'on étudie les motifs de l'arrêt, on se rendra compte rapidement que l'argumentation des juges n'est pas inébranlable. La raison de convenance alléguée n'a rien de juridique (2) ; l'autre motif, tiré de ce que le mari est tenu à la conservation des biens de sa femme, n'est pas plus convaincant. Dans l'espèce il s'agissait de biens paraphernaux et la loi n'astreint pas le mari à la conservation du patrimoine paraphernal de la femme. L'administration

(1) M. Martin, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) Voir les motifs cités précédemment.

et la jouissance des deux patrimoines dotal et paraphernal de la femme mariée sous le régime dotal, sont bien distincts d'après les dispositions du code civil.

Bien plus, en faveur de la solution contraire on pourrait dire que le mari comptant jouir de cette avance et étant propriétaire de sa valeur, il aurait vu son patrimoine augmenter du montant de cette créance. Il ne serait pas équitable de priver le mari de cette somme qu'il aurait peut-être placée avantageusement et sur laquelle ses créanciers auraient pu exercer leurs droits. Mettre à la place d'une somme d'argent un droit d'usufruit qui ne peut même pas être un usufruit (1), mais plutôt une autre créance égale au montant de l'intérêt légal de la somme dotale, c'est opérer une novation dans l'objet de la dot, novation contraire non seulement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais aussi à l'esprit du régime dotal, esprit éminemment conservateur. En supposant même que cette défense ne soit pas contraire au principe de l'immutabilité de l'article 1395 du code civil, l'intérêt de l'exécution des contrats et surtout du contrat de mariage, suffisait pour faire admettre l'action en paiement de la

(1) Voir *Bartin, op. cit., loc. cit.*

dot, dirigée par le mari contre sa femme, même héritière du tiers constituant.

Nous n'aurons pas à nous occuper davantage de cet arrêt qui n'intéresse pas d'une façon toute spéciale l'étude de notre théorie. A cette époque — en 1809 — la jurisprudence sur la dot incluse n'était pas encore ébauchée. Si nous l'avons commenté un peu longuement, c'est pour montrer que juridiquement le mari aura le droit d'exiger le paiement de la dot dans les circonstances que nous avons prévues (1). Aussi des arrêts postérieurs, sans accorder manifestement au mari le droit d'exiger la dot (car la question directe ne s'est pas posée) n'entendent pas le nier. Ils disent qu'il a conservé le droit de réclamer la dot (2),

(1) Nous avons remarqué l'importance de cet arrêt dans la formation de la théorie à la page 40 et s. dans le chapitre historique.

(2) Un arrêt de la Chambre des requêtes (Cass, 3 juin 1891, S., 93, 1, 5) reconnaît ce droit au mari, en vertu du contrat de mariage, de réaliser la dot, droit devenu exigible et qui ne pouvait pas s'éteindre par le fait que la succession du constituant avait été recueillie par la femme, ou qu'il se trouve dans cette succession un immeuble « qui n'a pas été entendu donné en paiement de la dot ». Il ne résulte pas de là une novation du droit du mari. Il y a aussi un arrêt de Montpellier du 4 juillet 1851 (D., 55, 2, 141) qui décide d'abord que le mari est propriétaire de la dot, ce qui est sérieusement controversé, puis qui reconnaît dans une hypothèse semblable que la femme, héritière du constituant, devient débitrice de la dot envers son mari et non envers elle-même, et que par conséquent la dette et la dot ne peuvent pas s'éteindre par confusion.

Nous croyons que la solution est bonne mais que le motif n'est

mais ils supposent probablement un règlement amiable ou par compensation. Cela équivaut à un droit de créance et alors pourquoi ne lui accorderait-on pas la voie de la saisie pour sa réalisation.

M. Dimitresco (1) présente une solution que nous croyons contraire à l'esprit du régime dotal et surtout à l'idée de conservation des biens dotaux, à laquelle la jurisprudence s'attache de plus en plus dans ses décisions. Il veut, pour être logique, maintenir la créance dotale de la femme garantie par l'hypothèque légale quoique le mari n'ait pas reçu la valeur de la dot, car « il ne peut pas défendre des époux de supprimer cette protection. Le mari ne veut pas user de son droit de réclamer la dot, soit, mais alors on peut le considérer comme ayant en réalité touché la dot » (2). Mais dans ce cas la garantie de la créance de la femme est illusoire ; au moment du divorce ou de la séparation de biens la créance du mari en paie-

pas plausible. Sans discuter le droit du mari sur la dot, il a — sans conteste — d'après la jurisprudence et le code le droit d'intenter toutes les actions dotales (Aubry et Rau, t. V, § 538, note 9) Dans notre hypothèse, il ne s'agit que de la dot mobilière, dont une jurisprudence constante accorde la propriété au mari. C'est à raison des droits de propriété du mari et de ses pouvoirs exorbitants sur la dot qu'il faut lui permettre d'exiger le paiement.

(1) M. Dimitresco, *De la représentation des biens dotaux par les paraphernaux*, thèse, 1910, p. 51.

(2) *Ibidem*.

ment de la dot ayant persistée, la compensation éteindra la créance de la femme ; elle ne touchera pas un centime et ce n'est pas pour cela que l'inaliénabilité de la dot a été inventée ; nous avons vu qu'elle doit au contraire garantir des valeurs dans un certain but. Ce but n'est pas atteint par cette solution. L'avantage — et encore en est-ce un ? — est que la femme possédera une créance inaliénable, mais à quoi cela lui servira-t-il ? La compensation la rendra inefficace.

Nous concluons donc sur la première question que nous nous sommes posées, que le mari retrouvera la valeur des deniers qui lui ont été constitués, sous la forme d'une dette grevant le patrimoine que la femme recueille du constituant.

L'existence d'une créance et la possibilité pour le mari de saisir les biens paraphernaux de la femme, aurait suffi pour qu'il entre en possession de cette valeur. Cependant nous avons entrevu combien la jurisprudence est pauvre sur ce point, si bien que la question ne s'est même pas posée directement ; c'est parce que pratiquement elle ne se présente pas que le mari n'exige pas de sa femme le paiement de la dot promise.

On peut remarquer ici une différence entre l'aspect juridique et l'aspect pratique de la même question. Le législateur, soit-il le plus prévoyant, ne peut avoir en vue que des cas qu'on peut trancher par la mise

en mouvement d'un principe édicté, il ne pourra jamais disposer de manière à donner des solutions directes pour les cas extrêmement nombreux et variés que la pratique invente tous les jours. Le rôle de la jurisprudence est, dans ces hypothèses, d'aider la loi en se conduisant d'après son esprit. Dans la matière qui nous intéresse, l'esprit de la loi est que la *dot doit se retrouver* ; la loi ne peut pas indiquer le moyen d'atténuer ce résultat dans tous les cas qui se présentent ; la tâche de la jurisprudence est de le trouver.

Le mari n'exige donc pas la dot, mais l'inaction du mari ne doit pas la laisser se perdre. Nous avons vu que cette valeur dotale a un but plus éloigné et distinct de l'intérêt présent des époux ; si les époux ne sont pas assez prévoyants pour sauvegarder leur intérêts, il faut, dans l'intérêt de la famille, pourvoir à ce que cette dot ne se perde pas. En examinant les choses de plus près, cette valeur n'est pas perdue, elle se trouvait dans le patrimoine du constituant sous la forme d'une dette envers le mari ; le constituant meurt ; cette même valeur passe dans le patrimoine de la femme si elle est héritière. A ce moment, son caractère dotal apparaît et il faut lui décerner la situation qu'elle doit avoir comme telle. S'il nous est permis de faire une comparaison, nous dirons que cette valeur est comme un ballon qui emmerge à la surface de l'eau, elle passe d'un élément dans l'autre, mais elle garde toujours sa forme reconnaissable.

La solution est si bien en harmonie avec l'esprit du régime dotal que Tessier (1), prévoyant la même hypothèse, après avoir nié la dotalité du bien ainsi recueilli, décide que « l'inaliénabilité ne cessera pas d'exister à l'égard de la dot en deniers qui y repose. Aussi, au cas de vente desdits immeubles, le prix de la vente, jusqu'à concurrence du montant de la dot, sera affranchi de toute exécution de la part des créanciers envers lesquels la femme aurait contracté des obligations ». Qu'est-ce à dire sinon que l'immeuble recueilli représente la dot constituée en deniers que le constituant n'a pas payée ? La solution de Tessier est d'autant plus remarquable qu'elle intervient à un moment où la théorie de la jurisprudence n'était pas encore formée.

Les tribunaux ont eu très souvent à se prononcer sur cette question et ils s'accordent pour reconnaître que ces biens paraphernaux « abandonnés à une femme mariée sous le régime dotal, dans la succession de son père, pour la remplir de la dot non payée qui lui a été constituée en argent, ne sont pas dotaux, mais le prix en est, au contraire, frappé de dotalité jusqu'à concurrence de la dot. En conséquence la femme a le droit de prélever sur ce prix mis en distribution par suite de la vente de l'immeuble, le montant de la dot, même par préférence aux créanciers

(1) Tessier, *op. cit.*, t. I, § 53, p. 267-268,

envers lesquels elle s'est personnellement obligée » (1). C'est l'idée dominante de la jurisprudence, idée qui a été exprimée très souvent (2) et qui a été poussée par les magistrats de 1857 et 1858 jusqu'à la négation de l'intérêt des tiers ; car elle n'établissait aucun signe extérieur de cette incorporation. Leur seul but a été de retrouver la dot et de la garantir. Un arrêt de la cour de Toulouse en 1890 (3), confirmant une décision du tribunal de Foix (4) est allé jusqu'à déclarer toute la succession grevée de cette dot mobilière ; tout ce que la femme aura reçu répondra de cette valeur incluse (5). Le motif de cette incorporation est dans l'intérêt qu'on a de faire ressortir la dot (6) ; il ne faut pas laisser la dot s'évanouir par le fait de l'incorporation des deux patrimoines de la femme et du constituant.

Nous aurons à remarquer, à l'occasion de cet arrêt de la cour de Toulouse du 27 juin 1892 (7), qu'il emploie une terminologie critiquable ; il dit : « La

(1) Cass., 1^{er} déc. 1857, D., 58, 1, 71 ; S., 58, 1, 257.

(2) Agen, 18 mai 1858, S., 58, 2, 373.

(3) Toulouse, 27 juin 1892, S., 93, 2, 188.

(4) Foix, 23 février 1888, S., 93, 2, 188.

(5) Nous retrouverons cet arrêt un peu plus loin.

(6) Cass. req., 3 juin 1891, S., 93, 1, 5.

(7) Toulouse, 27 juin 1892, S., 93, 2, 188.

femme doit être réputée avoir recueilli ces immeubles grevés de la dette de la somme dotale qui y était incorporée et les tenir de sa mère par une sorte de *dation en paiement* ». Cette dation en paiement ne peut pas exister ; car le créancier de la dette n'était pas la femme, mais le mari et c'est lui qui peut valablement intenter les actions en paiement de la dot qui fait partie des actions dotales. Seulement vis-à-vis du mari, par conséquent, la dation en paiement pourrait opérer. Dans l'espèce de la cour de Toulouse, le mari n'avait pris aucun engagement pour permettre à la femme de recevoir le paiement dans le cas où l'on admettrait la possibilité d'une pareille autorisation du mari (1).

La cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 1890 (2), confirmant un arrêt de la cour de Pau, s'est montrée plus hésitante ; elle reconnaît l'importance très grande de l'intérêt des tiers, et après de judicieuses observations de M. le conseiller Cotelle, elle conclut à la paraphernalité libre de ces biens. Il faut

(1) Toullier, *op. cit.*, t. XIV, 141 ; Tessier, *op. cit.*, 2, 835 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n° 1758, et jurisprudence ancienne ; Lyon, 16 janvier 1834, S., 35, 2, 52. Mais l'opinion contraire est défendue par MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 535, note 9, p. 547, pour le motif qu'il ne peut y avoir mandat quand le mandataire agit en son nom propre. V. Grenoble, 28 juillet 1865, S., 66, 2, 137.

(2) Cass., 3 juin 1890, S., 93, 1, 5, note de M. Labbé.

remarquer que cet arrêt ne se déclare pas contre le système ; la décision est entraînée par « le défaut d'un acte de nature à avertir les tiers et déclarant que l'immeuble a été donné aux époux et accepté par eux en paiement de la dot promise » (1). MM. Aubry et Rau (2) concluent dans le sens des arrêts antérieurs, c'est-à-dire en faveur de la représentation de la dot mobilière par l'immeuble ainsi recueilli. Ce serait, comme le fait remarquer M. Labbé, l'application de la théorie de l'incorporation, « mais l'intérêt des tiers veut qu'on résiste » (3). Cet intérêt des tiers a prévalu devant la cour de cassation ; de cet immeuble, il n'en sera dressé « aucun acte ; aucun titre de propriété n'instruira les tiers de la nature de l'indisponibilité ». Il y avait, pour motiver la solution, un très puissant argument technique : l'immeuble avait été hypothéqué et le prix avait été donné au mari ; la dot avait été « exprimée » par cet immeuble.

III. — Une troisième question serait à étudier. Nous avons vu que la cour de Toulouse (13 mars 1890) (4) a admis que toute la succession qui advenait à la femme du constituant, devait répondre de

(1) Rapport de M. le conseiller Cotelle, recueilli dans S., 93, 1, 5.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, note et texte 24, p. 537.

(3) La note de M. Labbé, dans S., 93, 1, 5.

(4) D., 90, 2, 343.

la valeur dotale. Examinons maintenant dans quelle mesure cette représentation de la dot mobilière va avoir lieu dans ce cas.

Il n'y avait pas de difficulté quand un seul immeuble échouait à la femme : il représenterait la dot, indépendamment du montant des deux valeurs ; celle de l'immeuble et celle de la dot. Notre hypothèse suppose nécessairement plusieurs biens, la dot de la femme se trouve incluse dans une universalité. Comment va-t-elle pouvoir exercer le prélèvement ?

Plusieurs solutions sont concevables. On pourrait, en grevant toute la succession, faire une répartition proportionnelle d'après la valeur de chaque bien ou bien pourrait-on permettre à la femme de déclarer l'immeuble sur lequel elle entend se faire payer par préférence à tous autres créanciers.

C'est vers cette dernière solution que la jurisprudence paraît incliner. « Il appartient à la femme de désigner parmi les immeubles qu'elle a ainsi recueillis celui sur lequel elle entend exercer ses reprises et prélever le montant de sa dot au détriment même des créanciers auxquels elle a conféré hypothèque sur cet immeuble pendant le mariage » (1). La raison de cette option se trouve dans le fait qu'un créancier peut toujours exercer ses poursuites sur tel ou tel bien déterminé, plutôt que sur tel autre. Ce n'est donc

(1) Arrêt précité de Toulouse, 13 mars 1890, D., 90, 2, 343.

que l'application du droit commun. Ceci bien entendu, est subordonné à la condition qu'il n'y ait ni dol ni fraude de la part de la femme, par exemple elle ne pourra désigner un bien déjà hypothéqué. Remarquons encore qu'elle ne peut, par aucune sorte de convention, restreindre l'indépendance de son choix, puisqu'elle ne peut porter atteinte à ses droits dotaux.

IV. — LA FEMME SE PORTE ADJUDICATAIRE D'UN IMMEUBLE DU MARI.

La loi empêche la vente volontaire entre les époux (art. 1595), mais elle ne peut pas empêcher la vente forcée ; il n'y a plus à craindre une donation déguisée ni une fraude à l'encontre des créanciers du mari (1). La femme pourra donc produire à l'ordre comme tout créancier à terme, avec les restrictions que nous allons voir, et même se porter elle-même adjudicataire de l'immeuble du mari et obtenir la collocation sur le prix, en vertu de son hypothèque légale.

La question que nous examinerons est de savoir ce que sera devenue la dot quand, avant la séparation de biens, et sans que le contrat de mariage contienne la clause d'emploi, la femme aura acquis un immeuble du mari pour se remplir de ses reprises dota-

(1) Guillouard, *De la vente*, t. I, n° 148.

les (1). L'immeuble appartiendra à la femme et ne pourra pas être dotal, car nous avons supposé qu'il n'y a pas de clause d'emploi, il sera donc un bien paraphernal. Ayant été acquise à la femme par l'exercice d'une créance dotale, cette créance se trouve, en quelque sorte, représentée dans cet immeuble ; il semblerait donc que, dans cette hypothèse aussi, il faille appliquer la théorie de la dot incluse. Mais nous verrons que par la simple application des principes de droit commun, les garanties de la dot sont maintenues. On ne devra pas faire appel à la théorie de la dot incluse.

En effet, comme il arrive le plus souvent, la femme ne fera pas consignation du prix, car cela immobiliserait inutilement une valeur peut-être considérable. Elle sera donc débitrice de son mari, et, d'un autre côté, elle sera créancière de celui-ci jusqu'au montant de sa collocation. Ces deux dettes ne se compenseront pas, car la dette de la femme ne deviendra exigible qu'après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens. La femme devra des intérêts

(1) Si c'est un tiers qui se porte adjudicataire, la femme produira à l'ordre et elle ne pourra obtenir son paiement immédiat dans aucun cas, car on porterait atteinte au principe que la dot ne peut pas être restituée à la femme pendant le mariage. L'adjudicataire pourra garder le capital ou, ce qui lui sera plus avantageux, consigner. Les intérêts de cette somme soit dans un cas soit dans l'autre ne pourront être affectés qu'au mariage.

qui serviront à payer les créanciers postérieurs ou — si ces créanciers ont été payés — seront versés entre les mains du mari.

La créance de la femme sera privilégiée, en ce sens que la femme ne devra pas subir le concours de ses propres créanciers, elle sera colloquée par préférence à une nouvelle et éventuelle adjudication de l'immeuble qui se trouve entre ses mains.

Autres cas.

I. *Indemnité d'assurance.* — La jurisprudence applique le système de la dot incluse dans ce cas ; elle aurait dû opérer la subrogation. « L'indemnité d'assurance touchée par le mari à l'occasion de l'incendie d'un immeuble dotal, n'est pas dotale » (1). Le motif de cette jurisprudence n'est pas irréfutable ; on prétend que l'immeuble provient d'une assurance faite par le mari dans l'intérêt de la femme et que, par conséquent, cette indemnité ne saurait être subrogée aux immeubles dotaux ; car la dotalité est de droit strict et ne peut être étendue au delà du contrat de mariage. On ne peut pas, dit-on, tirer un argument d'analogie du cas d'expropriation pour cause d'utilité publique où, sans aucun doute, la subroga-

(1) C'est le dispositif de l'arrêt de la cour de Paris, 31 mars 1893, D., 2, 10, qui est d'ailleurs conforme à la solution donnée par la cour de Nîmes, 20 juin 1860. (V. même arrêt).

tion opère où existe l'obligation du remploi du prix (1), en appliquant l'article 1558, al. dernier du code civil, car dans ce cas, l'indemnité d'expropriation est réellement le prix d'un immeuble, tandis que l'indemnité d'assurance n'est pas la réparation du préjudice causé par l'incendie. L'obligation de paiement de l'indemnité a sa source dans un contrat indépendant de la dot et du contrat de mariage (2).

Cette solution est vivement critiquée. M. Planiol (3) ne peut l'attribuer qu'à « une véritable lacune de nos lois... l'assurance a pour but de combler les vides faits dans les patrimoines des particuliers. Déclarer que le résultat obtenu par elles ne sera pas identique à l'état de choses ancien, c'est ne pas remplir complètement leur intention » (4). Cette même solution est défendue par M. Jouitou (5) et aurait dû triompher en jurisprudence. Une loi du 19 février 1889 a consacré cette solution en matière d'hypothèque, en décidant que les créanciers auraient un droit sur l'indemnité due au cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué. Il est à souhaiter qu'une réforme inter-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 534, note 38, p. 542.

(2) Voir l'arrêt de la cour de Paris précité.

(3) M. Planiol, t. III, n° 1498, n° 5, p. 247. Cf. conseiller Denis sous l'arrêt Cass. req., 5 janvier 1891, S., 91, 1, 192.

(4) Planiol, 3, *loc. cit.*

(5) M. Jouitou, *Etude sur le système du régime dotal suivant le code civil*, t. I, 73 et s., p. 92.

vienne dans ce sens également en matière d'immeuble dotal.

II. Une autre solution de la jurisprudence est à remarquer ; elle a été donnée à l'occasion *de l'indemnité qu'un notaire, condamné envers une femme dotale, paie, à raison d'actes qui ont entraîné la perte d'une valeur dotale*. La jurisprudence a décidé que ces dommages et intérêts « sont la représentation de la partie de la dot qui a péri, et doivent rester à l'abri des poursuites des créanciers de ladite femme » (1). On remarquera que l'arrêt évite de se prononcer sur le caractère de ce bien, tandis que l'arrêt de la cour d'Aix (2), qui a été confirmé par la cour de cassation, se prononçait franchement pour la dotalité. M. le conseiller Denis, qui a été chargé du rapport, s'attache plus à l'indisponibilité de cette valeur qu'à son caractère dotal. « On pourrait déclarer qu'il n'y a pas à rechercher si le bien dont il s'agit est dotal ou extra-dotal » (3), et un peu plus loin il reconnaît que cette question ne présente pas d'intérêt pour la solution du litige.

Si l'arrêt ne se prononce ni pour ni contre la dotalité, il fait néanmoins une équitable application des principes admis par la jurisprudence, en décidant que

(1) Arrêt de cass. req , 5 janvier 1891, S., 91, 1, 102.

(2) Aix, 6 janvier 1890, S., 90, 2, 88.

(3) M. le conseiller Denis sous Cass., 5 janvier 1891 précité.

cette indemnité représente la dot. M. Massigli (1), qui se prononce pour la paraphernalité libre de ces biens, reconnaît que dans l'espèce, l'indemnité apparaissait comme la représentation de la perte subie dans l'immeuble « l'origine et la nature de la créance en faisaient donc une représentation de la dot plus certaine et plus saisissante encore qu'on n'aurait pu la trouver dans aucune valeur » (2).

D'après la jurisprudence donc, cette indemnité représente la dot. Nous approuvons cette décision qui est en harmonie avec l'ensemble de la jurisprudence dotale qui se propose de sauvegarder la dot ; nous remarquerons seulement que l'application de cette idée ne donnera pas lieu aux conséquences du système de la dot incluse, parce que le mari demeurera propriétaire de cette somme et la femme n'aura que sa créance dotale, garantie par l'hypothèque légale.

(1) M. Massigli dans la *Revue critique*, 1892, p. 649.

(2) *Idem*.

CHAPITRE III

Conséquences du système.

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, on retrouve une idée commune, qui est le point de départ de tout le système et dont nous devons maintenant en tirer des conséquences : une valeur *dotale* se trouve dans le patrimoine *paraphernal* de la femme.

Nous n'aurons pas à insister sur la différence marquée qu'il y a entre les deux patrimoines de la femme ; bornons-nous à dire du patrimoine dotal qu'il est, dans une très large mesure, sous l'administration du mari et qu'il ne peut être aliéné ni par le mari ni par la femme, ni par les deux conjointement (1), et que, par conséquent, il ne peut être saisi par les créanciers de la femme qui auraient trouvé dans le patrimoine de celle-ci des biens frappés de dotalité. D'un autre côté, tous les effets que nous venons d'énumérer et qui ne sont que les principaux, ne se produisent pas quand il s'agit des biens paraphernaux

(1) La loi ne parle que des immeubles

qui sont soumis à l'administration de la femme, qui sont parfaitement aliénables et saisissables d'après les règles ordinaires. Or, dans notre hypothèse, il y a justement un conflit : le bien est paraphernal et il contient une valeur dotale. Cette situation à double face a fait mettre ces biens dans une classe particulière des paraphernaux de la femme, les paraphernaux contenant une valeur dotale.

En examinant les conséquences du système de la jurisprudence, nous aurons à nous occuper nécessairement des trois points que nous avons indiqués : la jouissance, l'aliénation et la saisissabilité de ces biens. Chacun de ces points formera une partie de ce chapitre.

PREMIÈRE PARTIE — La jouissance.

Le bien qui renferme une valeur dotale ne peut pas être entièrement sous la jouissance de la femme ; c'est un paraphernal, certes, mais la valeur dotale renfermée ne perd pas ses caractères, elle a été constituée pour que les fruits reviennent au mari et il n'en peut pas être dépossédé. L'intérêt de la famille dont il est le chef l'exige.

Le droit de jouissance du mari n'est contesté que par ceux qui lui font passer la propriété du bien ou qui considèrent l'opération comme un prêt fait par le mari à sa femme. La jurisprudence n'a pas eu à

se prononcer sur la question, parce qu'elle se pose rarement. En pratique, le mari aura habituellement l'administration du patrimoine paraphernal de la femme, et quand, par exemple, elle saurait que l'immeuble a été acquis avec des deniers dotaux appartenant donc au mari, elle aurait mauvaise grâce à lui refuser non seulement la jouissance mais aussi l'administration.

Juridiquement la question paraît devoir être tranchée en faveur du mari. Un arrêt de la cour de Riom, cité ci-dessus (1), relatif au droit de poursuite du mari, résout le problème en opérant une novation dans l'objet du droit du mari, en lui permettant de réclamer « l'intérêt légal du montant de la dot qui lui fut constituée, ou de contraindre la femme au délaissement d'un usufruit d'immeuble suffisant pour produire ce même intérêt ». Qu'est-ce à dire, sinon que la cour, tenant compte d'une valeur affectée à un certain but, accorde à celui qui devait exercer un droit pour l'atteindre, la possibilité de l'atteindre indirectement, quand, d'après les principes, ce droit lui fait défaut ? En effet, la cour de Riom ne lui accorde pas le droit d'obtenir le paiement de la dot, croyant faire une application des principes généraux ; le mari n'a pas de droit sur le patrimoine paraphernal de la femme ; mais, pour éviter une conséquence

(1) Riom, 11 février 1809, S., 40, 2, 72, cité chap. I.

fâcheuse, les magistrats de 1809 ont accordé au mari le droit de toucher les intérêts de la somme qu'on lui devait, afin de subvenir aux charges du ménage, en vue desquelles le capital a été constitué.

Remarquons que l'arrêt est intervenu à un moment où, dans la jurisprudence, notre théorie n'existait pas encore ; dans cette même hypothèse, si elle s'était présentée 30 ans plus tard, la jurisprudence aurait probablement appliqué la théorie de la dot incluse, et dans ce cas, le droit du mari d'obtenir le montant des intérêts de la valeur dotale, eût été d'autant plus naturel que cette valeur aurait pris la forme concrète d'une valeur dotale.

Ce droit du mari n'est pas contraire à l'article 1576 qui accorde le droit d'administration et de jouissance des biens paraphernaux à la femme, car nous avons montré que ce sont des paraphernaux d'un caractère spécial, dont l'intérêt de création a été démontré.

M. Planiol (1) présente une solution qui est dans le même sens et, peut-être, les raisons qu'il en donne ne sont pas si puissantes qu'en matière de dotalité où l'intérêt de la famille est en jeu. L'hypothèse de M. Planiol est la suivante : un immeuble est donné avec clause de dotalité, alors que le contrat ne prévoit qu'une constitution de biens présents. Con-

(1) Planiol, *op. cit.*, n° 1500.

formément à l'article 900 du code civil, la clause doit être nulle, mais, « comme il convient de s'écarter le moins possible de *l'intention des parties*, on devrait interpréter en ce sens la donation faite à la femme : le mari en aura la jouissance comme s'il s'agissait d'un bien dotal, et le bien sera aliénable comme les paraphernaux ». La loi elle-même établit une contribution de la femme sur ses biens paraphernaux, aux charges du ménage, dans le cas où il n'y a pas constitution de dot et la jurisprudence, appliquant les articles 203 et 212, a donné une solution semblable même quand il y aurait une constitution de dot, mais que les biens constitués ne seraient pas suffisants pour subvenir aux charges du mariage (1).

Cette solution, qui permet au mari d'avoir la jouissance du bien paraphernal, dans les limites de la valeur dotale qui s'y trouve incluse, est soutenue par MM. Aubry et Rau (2) ; en parlant de ces immeubles, ces auteurs disent qu'ils « sont paraphernaux quant à la propriété ; mais ils se trouvent soumis à la jouissance du mari jusqu'à concurrence des intérêts de la dot » (3).

(1) Cass , 2 juillet 1851, D., 51, 1, 272.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 534, p. 537. Voir aussi Le Courtois et Surville, t. III, p. 646.

(3) *Idem.*

M. Colmet de Santerre (1) présente un système qui n'accorde au mari qu'un droit de créance. « Elle (la femme) doit lui payer les intérêts de la somme d'argent qu'il a fournie. La créance des intérêts constituera désormais la dot de la femme et avec ces intérêts le mari subviendra aux dépenses du mariage. »

Nous préférons la première solution qui accorde plus d'effet à la situation dotale de cette valeur, quoique se trouvant renfermée dans un bien paraphernal.

DEUXIÈME PARTIE — Aliénation.

Le bien paraphernal représentant la dot entre, nous l'avons dit, dans une catégorie spéciale ; néanmoins il est régi par les règles de la paraphernalité. Par conséquent, la femme pourra en disposer. Mais il contient une valeur dotale que la femme ne peut pas aliéner ; si elle le fait, elle pourra intenter l'action en prélèvement de la dot sur le prix, comme elle aurait pu annuler la vente si l'immeuble avait été dotal. La dot suit dans ce cas les fluctuations de l'immeuble où elle est incorporée, mais quand le prix sera versé à la femme, la dot se dégagera de l'enveloppe immobilière qui la contenait (2).

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 125 et Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n° 1742.

(2) Cf. Labbé dans S., 93, 4, 5.

La valeur dotale qui est renfermée dans l'immeuble est gouvernée par les principes de la dotalité. L'article 1560 trouvera son application ; tant que la séparation de biens ne sera pas intervenue, le mari aura la possibilité d'intenter toutes les actions relatives à cette valeur ; après la séparation, ce sera la femme seule qui agira.

Pour étudier le droit de prélèvement sur le prix d'aliénation nous distinguerons selon que l'aliénation a eu lieu à titre onéreux ou à titre gratuit.

A. — *Aliénation à titre onéreux.*

L'immeuble pouvant incontestablement être aliéné à titre onéreux (car il n'est pas dotal), représente cependant la valeur de la dot qui est le plus souvent différente de la valeur réelle de l'immeuble. Celle-ci peut être quelquefois plus grande, soit parce qu'il y a, à côté de la valeur dotale, une valeur paraphernale qui s'est ajoutée au moment où l'immeuble est tombé dans le patrimoine de la femme (1), soit depuis, parce que le bien a pu gagner une plus-value ; car l'immeuble représente une valeur en deniers qui ne peut pas s'accroître quand l'immeuble accroît sa valeur.

(1) Ce sera par exemple l'immeuble qui vient du constituant par voie de dation ou de succession, ou bien que le mari achetant l'immeuble au nom de la femme a mis à côté des deniers dotaux une portion prise dans le patrimoine paraphernal de la femme.

L'aliénation de cet immeuble ferait perdre à la femme le bénéfice de la dotalité si on ne lui permettait pas d'obtenir la valeur de sa dot. La jurisprudence a trouvé le moyen de le faire. Mais cela paraissait contradictoire ; comment, en effet, se pourrait-il que, d'un côté, la jurisprudence donne à la femme, pour l'administration de sa dot, les mêmes droits qu'à son mari avant la séparation, et, d'un autre côté, que la même jurisprudence admette l'inaliénabilité de la dot mobilière et son insaisissabilité ? C'est pourquoi Troplong (1) soutient que la valeur dotale ne peut pas être représentée ; l'immeuble ne peut pas être dotal dans sa valeur s'il n'est pas dotal lui-même, par conséquent, il conclut à la libre disposition du prix. M. Brésillon dans sa note du Dalloz, répond à cette objection (2). « De ce que la femme peut dissiper en fait un capital qu'elle aura reçu sous l'obligation d'emploi, il ne suit pas de là que le capital est en droit, à sa disposition. On peut sans contradiction décider qu'une femme pourra dissiper sa dot à ses risques et périls et qu'elle sera cependant restituée contre les aliénations ou les engagements qui affectent cette dot. »

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, II, n° 3191.

(2) Note de M. Brésillon sous Toulouse, 17 décembre 1868, D., 69, 2, 3.

La cour d'Aix, en 1840 (1), applique toutes les rigueurs de la dotalité relativement à cette partie de l'immeuble, en créant vis-à-vis d'elle une sorte d'inaliénabilité conditionnelle. La cour de cassation, sur le rapport de Troplong, a admis cette solution sur pourvoi (2). La vente de ce paraphernal sera valable ; mais l'acquéreur devait verser effectivement le montant intégral de la dot mobilière, sans que l'acquéreur ou un tiers puisse avoir des droits sur cette valeur indisponible plus que la femme. « Le prix, dit l'arrêt, si la femme vient à le vendre, redevient dotal, et doit être effectivement versé entre les mains de la femme ; de telle sorte que, si les acquéreurs, au lieu de faire ce versement, appliquent ce prix à éteindre par compensation, les créances qu'ils ont à répéter contre la femme, ils deviennent responsables de l'aliénation de ce même prix et sont tenus, à défaut du prix qu'ils

(1) Aix, 21 juillet 1840, S., 42, 1, 110. Cette même cour d'Aix, une année auparavant (Aix, 21 mars 1839, D., 39, 2, 151) avait décidé que la femme séparée de biens qui aliénait un immeuble reçu en paiement de la dot, devait faire emploi du prix et obligeait l'acquéreur à surveiller cet emploi. Cette solution date du temps où l'emploi n'était pas obligatoire. La cour d'Aix décide qu'il ne fallait pas laisser à la femme séparée l'entière liberté de disposer à son gré de son capital mobilier. L'acquéreur ne se serait libéré utilement qu'en surveillant l'emploi du prix. Nous avons vu que cette solution a été abandonnée par la jurisprudence postérieure. La date de cet arrêt suffit à l'expliquer.

(2) Cass. req., 31 janvier 1842, S., 42, 1, 115, D., 42, 1, 61.

ne lui ont pas payé, de lui restituer l'immeuble qu'elle leur aura vendu ». La preuve de ce versement effectif devait être faite par l'acquéreur, et la compensation ne pouvait opérer ni de plein droit, ni par l'effet d'une convention (1) ; car le prix représente la dot mobilière et, comme elle est inaliénable et insaisissable, elle « ne peut servir à payer les dettes de la femme *constante matrimonio* afin que les enfants retrouvent cette dot intacte à la dissolution du mariage et que, pendant le mariage, elle fasse une réserve pour les besoins de la famille » (2).

Cette première partie de la jurisprudence, relative à l'aliénation de l'immeuble renfermant la dot, nous paraît acceptable en ce qu'elle fait une juste application de ses conceptions sur notre système. Avant l'aliénation, la dot se trouvait à l'état latent ; dès que le prix doit se substituer dans le patrimoine de la femme à la place du bien, la dot mobilière se concrétise et reprend ses caractères d'indisponibilité. La femme n'exercera, pour prélever la dot, la même action que si le bien avait été inaliénable dès le commencement. Cela n'est exact bien entendu que dans la limite du montant de la valeur dotale.

Une deuxième question se pose maintenant. Si le

(1) Regnault, thèse, p. 75. Il en serait de même en cas de saisie.

(2) Troplong dans son rapport dans S., 42, 1, 114.

prix qui a été versé par l'acquéreur n'a pas été suffisant pour remplir la femme de sa dot, la femme devra-t-elle se contenter du prix qu'on lui offre ou devra-t-elle exiger l'entière valeur de la dot ? La solution qui accorderait cet avantage à la femme ne manquerait pas de logique. Ce serait, comme le dit M. Regnault (1), « la conséquence logique de la solution adoptée par beaucoup d'arrêts qui, comme nous le verrons, tout en admettant que le bien est saisissable par les créanciers de la femme, exigent de ceux-ci l'obligation préalable de faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour assurer à la femme le recouvrement de sa dot. » Mais cela serait pousser à l'extrême la volonté de sauvegarder la dot ; ce serait la plus grave atteinte aux droits des tiers en faveur d'un élargissement trop grand des garanties de la famille. La situation de la femme même demeurerait fâcheuse, car elle se trouverait dans l'impossibilité de trouver un acquéreur ; d'un autre côté, laisser la femme libre d'aliéner l'immeuble à un prix quelconque, ce serait ne plus l'intéresser à la dot. Remarquons aussi qu'en matière d'aliénation à titre gratuit, comme nous le verrons, le donataire est tenu de restituer à la femme la valeur de la dot entière qui se trouvait contenue dans l'immeuble donné.

C'est pour ces raisons qu'on a affirmé l'impossi-

(1) Thèse précitée, p. 78.

bilité pour la femme de vendre (1) son immeuble à un prix inférieur au montant de la dot ; l'immeuble ne peut être vendu que dans la mesure où il est paraphernal (2) ; s'il ne contient pas de valeur paraphernale il ne pourra pas être vendu. Mais cela serait demander l'impossible ; l'immeuble représente la dot ; or il ne peut le faire que dans la limite de sa propre valeur.. S'il a été déprécié ou si on a cru par erreur qu'il valait plus qu'il ne vaut, il ne faut pas rendre les tiers responsables de cette dépréciation ou de cette erreur ; sans quoi le système en protégeant trop étroitement la dot deviendrait inique (3).

B. — *Aliénation à titre gratuit.*

L'immeuble qui représente la dot peut être aliéné par la femme ; nous avons vu qu'en cas d'aliénation à titre onéreux la dot se trouve dans le prix que l'ac-

(1) M. Regnault, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) Stora, *Subrogation réelle*, thèse, p. 303.

(3) Cependant un arrêt de la cour de Grenoble, 1^{er} juin 1897, D , 98, 2, 430 paraît admettre cette solution. Un immeuble qui contenait une valeur dotale avait été vendu pour un prix inférieur au montant de cette valeur à un créancier de la femme qui ne débourse rien ; car il fait compenser le prix avec sa créance. La cour oblige le détenteur du bien qui est l'acquéreur ou bien à payer la dot entière ou bien à délaisser l'immeuble à la femme s'il estime qu'il n'a pas cette valeur. Cette solution est fâcheuse, elle doit être critiquée (voir Dimitresco, thèse, p. 97).

quéreur va payer, et ce prix dans cette mesure est une valeur mobilière dotale par conséquent inaliénable entre les mains de la femme.

La question que nous nous posons en ce moment est de savoir si la femme pourra faire une aliénation à titre gratuit, par exemple si elle peut faire une donation. Remarquons qu'il serait difficile d'expliquer la nature juridique d'un bien dont on pourrait disposer à titre onéreux et dont on ne pourrait pas disposer à titre gratuit. Un bien « qui serait à la fois paraphernal ou de libre disposition quant aux aliénations à titre onéreux et dotal ou frappé d'indisponibilité, quant aux aliénations à titre gratuit » (1). Cependant, et d'une autre part, une aliénation à titre onéreux semblerait devoir être logiquement admise car elle mettrait, dans le patrimoine de la femme, à la place de la chose aliénée une autre valeur à laquelle on attacherait le caractère dotal dans la limite du montant de la dot et permettre à la femme d'exercer le prélèvement, tandis que cela est impossible en matière d'aliénation à titre gratuit.

La jurisprudence, dans un arrêt de la cour de cassation du 12 avril 1870 (2), a admis que l'immeuble acquis avec des deniers dotaux représente des valeurs dotales et qu'il résulte de là non pas qu'il est inalié-

(1) Brésillon, note dans D., 69, 2, 1.

(2) Cass., 12 avril 1870, S., 70, 1, 185, D., 70, 1, 264.

nable entre les mains de la femme mais uniquement qu'il est grevé de la créance dotale entre les mains de la femme. Par conséquent, la jurisprudence reconnaît à la femme la possibilité d'aliéner à titre gratuit ce bien ; mais à raison de son affectation, elle pourra exercer une créance grâce à laquelle elle obtiendra les deniers dotaux dont l'immeuble était la représentation.

Examinons cette solution et pour cela voyons les circonstances dans lesquelles elle fut donnée ; et parce que les motifs invoqués par les différents tribunaux qui ont eu à juger cette affaire sont assez variés, étudions-les successivement.

Le tribunal de Castelsarrazin (1), jugea le premier la question. Voici l'espèce : A la suite d'une séparation de biens d'une femme dotale, mariée avec constitution générale de dot, celle-ci se porte adjudicataire des immeubles de son mari en se faisant colloquer dans l'ordre pour le paiement de ses reprises dont une partie fut compensée avec le prix d'adjudication. Quelque temps après elle procède à un partage entre vif entre ses enfants et l'un d'eux reçoit l'immeuble qu'elle avait acquis en paiement de ses reprises dotales.

La femme demande l'annulation du partage et fonde sa demande sinon sur la dotalité parfaite de

(1) Tribunal de Castelsarrazin, 3 avril 1868, D., 69, 2, 5.

l'immeuble, du moins sur ce que, dans tous les cas, il serait la représentation de ses reprises dotales ; elle ne pourrait donc en disposer à titre gratuit.

Le tribunal décide que l'immeuble ne pouvait pas être aliéné à titre gratuit ; car il représente la dot et cette représentation existe même au delà de la valeur dotale. Si l'immeuble a gagné une plus-value, cette plus-value participera de la nature de ces deniers dotaux, ce qui n'est pas contraire à l'article 1543 du code civil, puisqu'il s'agit d'augmentation naturelle de la dot.

La cour de Toulouse par un arrêt du 17 décembre 1868 (1) donne la même solution : « l'aliénation de cet immeuble ne devra, d'après la cour, être sanctionnée que lorsque le mode d'aliénation qui le fera sortir des mains de la femme, aura en même temps pour effet de sauvegarder la dot qu'il représente ; qu'ainsi au lieu d'être absolue, la capacité de la femme, quant à l'aliénation de cet immeuble, est restreinte et ne peut s'étendre aux contrats, qui, au lieu de lui offrir l'équivalent de sa dot, auraient par leur nature, pour résultat immédiat de l'en dépouiller. »

Ces deux solutions, celle du tribunal et celle de la cour, sont critiquables, la représentation se fait d'après ce système, non, pour la valeur de la dot incorporée, mais pour la valeur de l'immeuble : le tribu-

(1) Toulouse, 17 décembre 1868, D., 69, 2, 4.

nal avait décidé que la plus-value deviendrait, elle aussi, dotale en vertu de la constitution générale de dot par le contrat de mariage de la femme.

Heureusement ces solutions ne furent pas admises par la cour de cassation (1). Nous avons vu qu'elle permet l'aliénation même à titre gratuit de ce bien. Il faut surtout critiquer la dotalité que la cour de Toulouse accorde à la plus-value, solution qui est tout à fait en désaccord avec la conception de la dot incluse : des deniers ne peuvent pas changer de valeur ; ils ont une valeur invariable.

M. Planiol trouve que cette solution se justifie par les conditions de l'espèce (2). Nous croyons que la portée de la décision doit être plus générale. L'immeuble étant paraphernal doit pouvoir être aliéné indistinctement à titre onéreux ou à titre gratuit ; mais quand il s'agit d'aliénation gratuite où à la place de l'immeuble donné il n'y a pas d'équivalent, le donataire devra payer à la femme, le montant de sa dot ; c'est seulement dans cette mesure qu'elle n'avait pas la disposition de l'immeuble. Le donataire bénéficiera de l'excédent formé par la plus-value ou autrement.

(1) Cass., 12 avril 1870, S., 70, 1, 185.

(2) M. Planiol dans la note, D., 96, 1, 315.

TROISIÈME PARTIE. — Saisissabilité.

De même que l'immeuble paraphernal qui contient une valeur dotale peut être aliéné par la femme, de même il pourra être saisi par ses créanciers ; il y a, dans ce cas, une assimilation à faire entre la possibilité d'aliéner un bien et la possibilité, pour des créanciers du propriétaire de ce bien, de le saisir. L'immeuble sera donc saisissable ; mais, comme dans l'hypothèse de l'aliénation, le mari ou la femme, suivant qu'on se place avant ou après la séparation de biens, pourra prélever le montant de la valeur dotale qui se trouve incluse dans cet immeuble. « Le caractère dotal de cette valeur communique à l'immeuble une inaliénabilité et une insaisissabilité indirecte qui se limitent au montant de la dot » (1).

Les créanciers ont le droit de saisir le bien (2), mais ils n'en profiteront efficacement que s'il représente une valeur plus grande que la valeur dotale ; ce qui peut arriver dans le cas où, à côté de cette valeur dotale, il y a une valeur paraphernale qui — nous l'avons vu — peut provenir, soit d'une donation (le tiers constituant qui a donné l'immeuble a voulu faire à la femme une donation et s'acquitter de la

(1) Note de M. Weiss dans *Pand. fr.*, 06, 1.

(2) Si le bien n'est pas dotal il est saisissable. V. Cass., 20 juin 1888, D., 89, 1, 281 ; Cass., 18 juillet 1872, D., 72, 1, 142.

dot), soit d'un prêt (le mari a prêté à sa femme une certaine somme qui, ajoutée à ses deniers dotaux, suffira pour acheter l'immeuble), soit des deniers paraphernaux que la femme aura employés, pour se rendre adjudicataire d'un bien du mari, soit enfin (hypothèse fréquente), parce qu'il y a plus-value fortuite de l'immeuble qui représente une valeur paraphernale et certainement et efficacement saisissable. « Si le paraphernal représentant la dot peut théoriquement être saisi par les créanciers, ceux-ci n'ont pratiquement comme gage que l'excédent de sa valeur sur la valeur de la dot » (1).

Un arrêt de la cour de Montpellier (2), de 1871, présente une solution contraire. Il décide d'abord que l'immeuble acquis par la femme, même en cas de constitution de biens à venir, n'est pas dotal ; il consacre donc la théorie de la cour suprême (3) et repousse la décision de la cour de Toulouse (4). Mais, si cet immeuble n'est pas dotal, il représente néanmoins la dot et cette dotalité frappera non seulement l'immeuble dans sa valeur primitive, mais aussi la plus-value qu'il aura acquise pendant le temps où il était possédé par la femme, puisque cette plus-value

(1) Planiol, note D., 96, 1, 315.

(2) Montpellier, 21 juin 1871, D., 71, 2, 175, S., 17, 2, 88.

(3) Cass., 12 avril 1870, D., 70, 1, 264.

(4) Toulouse, 17 avril 1868, D., 69, 2, 1.

est un bien à venir et que, d'après le contrat de mariage, elle devait devenir dotale. D'après la décision de cet arrêt, il faut faire de cette plus-value une valeur indépendante du bien qui l'a créée. La cour se met en contradiction avec elle-même en admettant d'un côté la paraphernalité de l'immeuble, et d'un autre côté la dotalité de la plus-value.

Nous ne pouvons pas admettre la doctrine de cet arrêt. La séparation entre la valeur de l'immeuble et sa plus-value, manque de fondement. Les créanciers pourront saisir le bien tel qu'il se trouve, car il forme un tout indivisible, la valeur de la dot mobilière incluse pourra seulement être prélevée. C'est l'application de la même idée, qui permet à la femme d'exercer ce même prélèvement en cas d'aliénation du bien.

La question qui se pose maintenant est de savoir si la dot doit se trouver intacte ; à supposer que le bien subisse une moins-value, quelle garantie doit-on prendre pour assurer le prélèvement de la femme ?

Les cours d'appel se sont ingéniées à trouver des mesures qu'on a beaucoup critiquées et que la cour de cassation a fini par repousser. C'est ainsi que certains arrêts, prévoyant le cas où le prix d'adjudication ne suffirait pas pour remplir la femme du paiement de sa dot, ont décidé que les créanciers saisissants de ces paraphernaux de la femme, devaient prendre l'engagement de faire porter le prix

d'adjudication assez haut pour que la femme puisse retrouver le montant de sa dot ; en cas contraire, c'est sur eux que pèsera l'obligation de payer la différence (1). Un jugement du tribunal de Béziers et un arrêt de Montpellier (2) sont allés même jusqu'à exiger une caution pour garantir cet engagement des créanciers. D'autres arrêts, glissant sur la même pente, parlent de l'interdiction pour les créanciers de ne pas exercer la saisie avant d'assurer la dot à la femme, au moyen d'une consignation préalable (3). « Attendu, dit la cour de Bordeaux, que, sous le régime dotal, la dot de la femme est toujours inaliénable, qu'elle soit mobilière ou immobilière ; que, dans le premier cas, il appartient aux tribunaux, ainsi que le constate une jurisprudence générale, de prendre, quand il est temps encore, toutes les mesures nécessaires pour conserver entière la dot à la famille ». La conclusion de la cour de Montpellier est encore plus fâcheuse, car les créanciers doivent rembourser préalablement la dot à la femme.

Le motif sur lequel se fonde une telle jurispru-

(1) Riom, 8 août 1845, D., 45, 2, 148 ; Grenoble, 1^{er} juillet 1846, D., 47, 4, 419 ; Grenoble, 11 juillet 1857, D., 57, 2, 210 ; Agen, 13 août 1891, D., 92, 2, 569.

(2) *Pand. fr.*, 1906, I, 1.

(3) Montpellier, 18 février 1853, D., 54, 2, 205 ; Bordeaux, 14 mai 1857, D., 57, 2, 211.

dence est, on le sait, la nécessité de garantir la dot par tous les moyens ; mais on ne voit pas pourquoi ces mesures doivent entraîner des obligations si vexatoires pour les tiers. On dit que le bien peut ne pas contenir de plus-value paraphernale (1), mais cela n'est pas concluant, parce qu'on ne peut pas connaître d'avance le résultat des enchères (2).

La cour de cassation, en 1905 (3), a refusé de sanctionner toutes ces exigences et son arrêt est approuvé par de nombreux auteurs qui, depuis longtemps, s'étaient prononcés contre le système arbitraire des cours d'appel (4).

Un immeuble qui est saisissable doit pouvoir être saisi dans les conditions du droit commun, et le prix doit être déterminé d'après la libre enchère (art. 705 c. pr. civ.).

La situation qu'avaient créée les cours d'appel constituaient un danger sérieux pour les tiers, et ce danger se répercutait sur la femme elle-même. « Induits en défiance par le mystère qui plane sur la condition des biens paraphernaux et sur le droit pour la femme

(1) Stora, *Subrogation réelle*, thèse, p. 296.

(2) Cf. les motifs de rejet du pourvoi dans *Pand. fr.*, 06, I, 7.

(3) Cass. civ., 22 février 1905, *Pand. fr.*, 06, I, 1.

(4) Troplong, *op. cit.*, t. IV, p. 3189-3193 ; Marcadé, t. VI, art. 1553 ; Le Courtois et Surville, t. III, p. 1860 ; Bresillon, D., 09, 2, 4 ; Guillouard, t. IV, 2088 et 1742 ; Planiol, D., 96, 1, 315 ; Weiss, *Pand. fr.*, 06, I, 1.

d'en disposer, ne seraient-ils pas amenés à lui refuser tout crédit et à éviter avec elle toute relation d'affaires ? » (1). L'obligation imposée aux créanciers n'est pas seulement contraire aux principes du droit et à l'équité, mais elle présente aussi des inconvénients pratiques. Même dans le cas où l'immeuble a augmenté de valeur depuis qu'il est dans le patrimoine de la femme et où, par conséquent, il dépasse la valeur dotale qui s'y trouve enfermée, le créancier hésitera parce qu'il ne sera pas sûr que les enchères produiront un prix assez élevé pour désintéresser la femme. Si la créance est modique, alors que l'immeuble a une valeur considérable, l'obligation de payer d'abord à la femme le montant de sa dot, conformément à la décision de la cour de Montpellier, enlève à la saisie presque toute son utilité (2).

C'est pour ces raisons qu'on ne saurait trop approuver la cour de cassation dont la solution présente des avantages pratiques, et est conforme à l'équité.

(1) M. Weiss, note *Pand. fr.*, 06, I, 1.

(2) Cf. la note précitée de M. Weiss, et Nîmes, 16 janvier 1899, S., 1901, 2, 103.

CHAPITRE IV

Publicité.

Les conséquences de l'indisponibilité d'une valeur dotale, renfermée dans un paraphernal aliénable et saisissable, présente, il est à peine besoin de le dire, des dangers pour les tiers qui traitent avec la femme dotale. « L'immeuble, dit M. Labbé (1), n'est vraiment dans le commerce que pour ce dont sa valeur excède le montant de la dot mobilière qu'il doit, en cas d'aliénation, représenter intacte aux époux, qu'il doit exprimer de sa substance ». Ces dangers sont indépendants de l'obligation qu'exigeaient certaines cours d'appel et que la cour de cassation a fini par rejeter ; les tiers doivent connaître, avant la saisie, la situation véritable de l'immeuble, ou, en cas d'aliénation, savoir si le prix qu'ils pensent offrir excède ou non la valeur de la dot mobilière que la femme pourra prélever.

C'est le rôle de la jurisprudence, après avoir créé le système de formuler toutes les conditions équita-

(1) Note dans S., 93, 1, 5.

bles de son application. Elle doit, dans ce cas précis, ordonner toutes les mesures pour concilier tous les intérêts. La théorie de la dot incluse n'est pas un élargissement d'un principe de la loi ; c'est une conception nouvelle, construite de toutes pièces par la jurisprudence. Son application par les tribunaux doit, par conséquent, se faire moins d'après les principes théoriques que d'après les intérêts pratiques en jeu.

Nous verrons que la cour de cassation exige des mesures de publicité qu'on a comparées à celles que la loi exige en matière de remploi (1). La femme ne pourra bénéficier du prélèvement que lui accorde la jurisprudence qu'après avoir démontré que les conditions exigées en pareil cas sont remplies. Mais, avant de parler du système de la cour de cassation, passons en revue l'état de choses antérieur et remarquons que, comme en matière de saisissabilité, les cours d'appel se sont montrées beaucoup plus hardies que la cour suprême ; leurs décisions n'ont d'autre but que de sauvegarder la dot contre l'intérêt des tiers et même contre les intérêts de la femme qui, par contre-coup, voyait son crédit diminuer.

C'est ainsi que la cour de Bordeaux (2), en 1857, et la cour de Toulouse (3), non seulement n'exigèrent pas des mesures de publicité annonçant aux tiers la

(1) M. Planiol dans D., 96, 1, 315.

(2) Bordeaux, 14 mars 1857, D., 57, 2, 547.

(3) Toulouse, 13 mars 1890, D., 90, 2, 343.

situation de l'immeuble, mais déclarèrent impossibles les conditions de ce genre, sans quoi ce serait « rendre vaine la protection accordée que les immeubles advenus à la femme du chef du constituant, par voie de dévolution héréditaire, entrent dans son patrimoine frappés d'indisponibilité dans son ensemble et dans la valeur qui les représente, jusqu'à concurrence du montant de la constitution dotale » (1). La cour soutient que les fiers étaient suffisamment avertis par le contrat de mariage.

En 1890, un brusque revirement se produit. La cour de Pau refusa l'application de la théorie de la dot incluse, parce que les créanciers ne pouvaient pas connaître la situation de l'immeuble, et la cour de cassation adopta la même solution en rejetant le pourvoi (2). M. le conseiller Cotelle (3), qui fut chargé du rapport, présenta des observations tout à fait nettes dans le sens indiqué par l'arrêt de Pau et d'ailleurs ces conditions furent admises par la cour suprême. « Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être invoquée contre les tiers qui ont contracté de bonne foi avec la femme, au moins faut-il, si l'on veut laisser aux transactions quelque degré de sûreté,

(1) Motif de la cour de Toulouse.

(2) Voir les deux arrêts, Cass. req., 3 juin 1891, S., 93, 4, 5, et note de Labbé.

(3) Rapport de M. le conseiller Cotelle, recueilli dans S., 93, 4, 5.

que ces tiers aient eu les moyens de vérifier la condition privilégiée des biens qu'ils achetaient ou qu'ils acceptaient en garantie du prêt de leurs capitaux ».

La cour de cassation rejeta le pourvoi et, par conséquent, approuva la solution de la cour de Pau ; mais elle ne se prononça pas d'une manière directe sur la nécessité des conditions de publicité. Son arrêt est motivé par d'autres motifs dont l'un deux est trouvé excellent par M. Labbé (1) : l'immeuble avait exprimé déjà le montant de la dot « comme une pomme exprime son jus ».

C'est pourquoi, même après 1891, les cours d'appel se prononcèrent sans exiger des conditions de publicité (2). Mais le 26 novembre 1895, deux arrêts (3) confirmèrent la solution de 1891 et fixèrent le principe de la publicité et les conditions désormais exigées pour l'application de la théorie de la dot incluse.

L'espèce de la cour suprême était la suivante : un immeuble était recueilli par succession ; son titre ne pouvait révéler aux yeux des tiers que cet immeuble contenait la dot de la femme. Si l'on avait adopté les motifs des cours d'appel, considérant que le contrat de mariage est un titre suffisant pour assurer l'exercice de l'inaliénabilité dotale, il aurait fallu appliquer

1) M. Labbé dans la note S, 93, 1, 5.

(2) Toulouse, 27 juin 1892, S., 93, 2, 188.

(3) S., 96, 1, 72, D., 96, 1, 315.

le système de la dot incluse. Mais la cour de cassation n'adopta pas cette façon de voir ; elle exigea des conditions spéciales. « Attendu, en droit, dit la cour, que, si le prix d'aliénation d'un immeuble est dotal et à ce titre inaliénable, jusqu'à concurrence du montant de la dot mobilière qu'il représente, lorsque cet immeuble a été donné à la femme en paiement de la dot elle-même, ou qu'il a été acquis de deniers dotaux avec mention de leur origine, quoique sans condition d'emploi, il en est autrement lorsque, comme en matière de dévolution héréditaire et ainsi que dans l'espèce, il n'existe pas de titre établissant, aux yeux des tiers, que les biens immobiliers transmis à la femme aient été, en tout ou en partie, affectés ou substitués à la dot ».

La cour exige donc une indication dans la convention qui formera le titre de propriété de la femme, sur l'origine des deniers utilisés et la destination du bien nouveau. L'application de ces idées ne souffre pas de difficulté, pas même en matière successorale. Quand le bien a été acquis par voie de testament, il aura fallu que le testateur mentionne dans son testament que l'immeuble donné servira à remplir la femme de la dot promise et non payée. Quand la dévolution s'opère sans aucun acte, la femme devra déclarer aux tiers cocontractants la situation spéciale de ces immeubles qui contiennent la dot (1).

(1) Pau, 2 juin 1896, D., 98, 2, 357.

Faute de ces conditions, la femme ne pourra pas profiter de la protection qui résulte du système de la représentation (1).

Ces solutions sont approuvées par l'unanimité des auteurs (2).

(1) Un arrêt de la cour de cassation du 14 juin 1904 semble non pas faire un abandon des principes antérieurs que la cour suprême avait posés en matière de publicité, mais, du moins, restreindre leur portée. M. Naquet (en note sous S., 1905, 1, 489) dit que « l'idée dominante des arrêts (de 1891 et 1895) était d'éviter toute recherche aux tiers et d'exclure la dotalité par cela seulement que l'acte d'acquisition n'indiquait pas l'origine des deniers. Or, l'arrêt actuel leur impose de consulter l'ordre qui a servi à distribuer le prix d'acquisition ». En effet, dans l'espèce, quoique le jugement d'adjudication ne mentionne pas l'origine des deniers dotaux, avec lesquels la femme se portait adjudicataire après la séparation de biens des immeubles expropriés sur la tête de son mari, la cour oblige les tiers à rechercher l'ordre ouvert à la suite de l'adjudication, « lequel faisait, pour ainsi dire, partie intégrante » du jugement d'adjudication et de la déclaration de command — dit l'arrêt dans ses motifs.

Le raisonnement de la cour n'est pas exact. C'est le titre de propriété qui devait porter mention de l'origine des deniers : le seul titre était le jugement qui ne contenait rien. L'ordre ne fait pas partie du jugement.

Il est probable que si le pourvoi était venu devant la Chambre civile (car c'est la Chambre de requêtes qui le rejeta), elle aurait suivi les principes de 1890 et 1895 et elle se serait déclarée contre la dotalité.

(2) M. Planiol, note D., 96, 1, 315 ; M. Weiss, note *Pand. fr.*, 1906, 1, 1 ; M. le conseiller Cotelle, rapport, dans S., 93, 1, 5 ; M. Labbé, note S., 93, 1, 5 ; M. Naquet, note S., 1905, 1, 489 ; M. Vigé, *Rev. critique*, 1897, p. 489.

CONCLUSION

Notre étude n'est pas un panégyrique de la théorie de la dot incluse.

La dot, étant un patrimoine affecté aux intérêts de la famille, doit être garantie et sauvegardée ; les mesures à prendre dans ce sens ne peuvent avoir d'autres limites que celles indiquées par le soin de l'intérêt des tiers. La loi s'engage elle-même dans cette voie, mais elle s'arrête à mi-chemin. Ses dispositions sont d'une brièveté et d'une insuffisance notoire. La jurisprudence a dû élargir le système et nous continuons à croire qu'elle n'a pas fait œuvre législative. La création de l'inaliénabilité de la dot mobilière a été son premier pas ; la théorie de la dot incluse a été le deuxième. Critiquée dans le premier système, elle a été vigoureusement combattue dans le second. La majorité des auteurs se sont prononcés (MM. Troplong, Marcadé, Brésillon, Guillouard, Planiol, Labbé, Lyon-Caen, Weiss, etc.) contre le principe même de la jurisprudence. Ils soutiennent qu'à défaut de texte, il ne fallait pas créer une troisième catégorie de biens de la femme mariée sous

le régime dotal. L'article 1553 du code civil est absolu.

A la suite de M. Lambert nous avons, au contraire, approuvé la jurisprudence, dans son principe. Nous avons cherché à démontrer, après avoir supposé la dot mobilière inaliénable, que le système de la dot incluse est tout à fait dans le cycle des mesures que la jurisprudence emploie pour sauvegarder la dot. L'obstacle qu'on dresse devant cette théorie, l'article 1553 du code civil, n'est pas infranchissable. Nous avons cherché même à fonder sur cet article le principe de la dot incluse, en démontrant que loin de s'opposer à elle cet article en est le point de départ.

La subrogation réelle que l'article 1553 interdit a précisément pour but d'éviter les conséquences de l'inaliénabilité mobilière et immobilière, différente dans son principe et dans l'énergie avec laquelle elle frappe des conséquences qui pourraient se produire en cas de subrogation ordinaire.

La théorie de la dot incluse est une subrogation tout à fait en harmonie, et, avec la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, dont elle est la conséquence, et avec l'idée de protection de la dot qui se dégage de toute la jurisprudence dotale.

Mais une fois le principe admis, nous n'avons pas approuvé la jurisprudence dans toutes ses applications. Dans les hypothèses qui se sont présentées

avant la séparation de biens, nous n'avons pas été de l'avis de la jurisprudence qui éteint la créance de la femme en restitution de la dot, contre son mari. S'il en était ainsi, la jurisprudence ferait véritablement une brèche à un principe important du régime dotal, car l'opération aboutirait à une restitution anticipée et amiable de la dot. Nous avons analysé l'opération d'une autre manière. Quand la dotalité ne peut pas frapper un bien acquis avec des deniers dotaux, par exemple, soit parce que la clause d'emploi n'a pas été stipulée, soit parce que les conditions exigées par les articles 1434 et 1435 du code civil n'ont pas été remplies, la subrogation ne s'opère pas ; mais la garantie de la valeur dotale ne doit pas disparaître. Si ce n'est pas un emploi (et nous avons vu que cela conduisait à des conséquences fâcheuses), c'est un *simili-emploi*. Cela sera d'autant plus conforme aux notions de l'inaliénabilité dotale que l'indisposition ne frappera pas le bien en lui-même mais seulement dans sa valeur représentative. Ce sera toujours le mari qui exercera l'action pour recouvrer cette valeur, ce sera toujours lui qui aura la jouissance de l'immeuble dans la limite de cette valeur. Le mari n'est pas, par conséquent complètement détaché de la dot et s'est pourquoi nous avons conclu au maintien de la créance de la femme.

Des critiques encore plus acerbes ont été adressées à notre théorie, quand certaines cours d'appel exi-

gèrent des conditions onéreuses pour permettre aux tiers de saisir l'immeuble renfermant la dot. Cette iniquité a été heureusement désapprouvée par la cour de cassation.

Les tiers qui ont, on le conçoit, grand intérêt à connaître la situation du bien, n'avaient aucun moyen pour la découvrir ; aucune publicité n'était exigée au commencement. C'est toujours la cour de cassation qui, d'abord en 1891, puis avec plus de fermeté en 1895, déclara que l'indisponibilité ne serait opposable aux tiers, que s'ils avaient eu le moyen de la connaître.

Après ces deux modifications de la cour suprême, les bases et les frontières de la théorie paraissent fixées, comme dit M. Weiss (1). Désormais la théorie devra s'appliquer avec ces restrictions.

Les hypothèses que nous avons énumérées, sont celles qui se sont présentées, mais rien n'empêche que de nouveaux cas se présentent. Il suffit que l'idée trouve son application. Une valeur de deniers dotaux a été employée pour l'acquisition d'un bien qui se trouve être un paraphernal de la femme. Dans le mouvement incessant de notre société, ces hypothèses nouvelles se présenteront un jour, peut-être demain.

(1) Note de M. Weiss dans *Pand. fr.*, 06, I, 4.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	1
INTRODUCTION. — Le régime dotal et l'inaliénabilité. .	5
La théorie jurisprudentielle de la dot incluse : son principe et son fondement.	13
CHAPITRE PREMIER. — Notions historiques.	29
PREMIÈRE PARTIE. — Avant le premier arrêt.	30
DEUXIÈME PARTIE. — L'évolution de la jurisprudence moderne.	34
CHAPITRE II. — Analyse de la théorie	49
PREMIÈRE PARTIE. — Cas postérieurs à la séparation de biens.	52
DEUXIÈME PARTIE. — Cas antérieurs à la séparation de biens.	68
1. — Dation en paiement par le constituant. . . .	68
2. — Acquisition au nom de la femme avec des deniers dotaux.	77
3. — La femme succède au constituant qui n'a pas payé la dot	89
4. — La femme se porte adjudicataire d'un immeuble du mari	104
5. — Autres cas	106

CHAPITRE III. — Conséquences du système	110
PREMIÈRE PARTIE. — La jouissance	111
DEUXIÈME PARTIE. — Aliénation	115
A. — A titre onéreux	116
B. — A titre gratuit	121
TROISIÈME PARTIE. — Saisissabilité	126
CHAPITRE IV. — Publicité	132
CONCLUSION.	138

Vu :

Le Doyen,

P. CAUVÈS.

Vu :

Le Président de la thèse,

AMBROISE COLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER.
